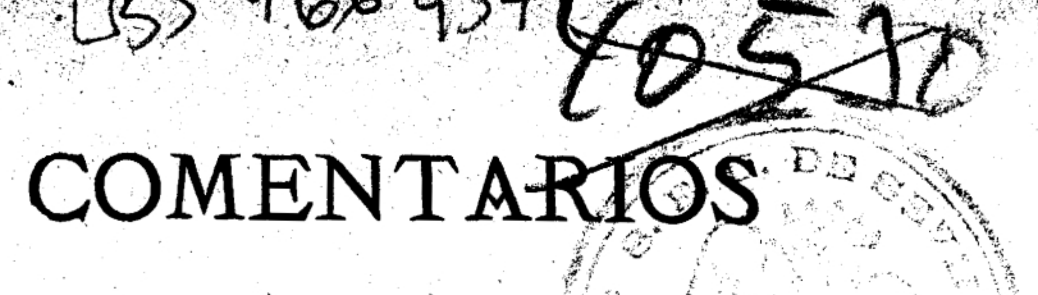


COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal,
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación
del Instituto de Reformas sociales y del Consejo Penitenciario
y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO VI

Cuarta edición, corregida y aumentada.

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
Ronda de Atocha, 15, centro.
1911

TITULO III

DE LAS SUCESIONES

(Continuación.)

CAPITULO II

De la herencia.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA CAPACIDAD PARA SUCEDER POR TESTAMENTO Y SIN ÉL

En el capítulo anterior hemos tratado de la testamentifacción activa, ó sea de la facultad para disponer por testamento, y en el presente nos corresponde examinar la herencia, no en el sentido estricto y restringido que expusimos, tanto en el comentario del art. 659, como en las nociones generales sobre el concepto jurídico de la sucesión con que encabezamos la introducción al estudio del presente título, sino en cuanto se refiere al derecho de suceder y adquirir *mortis causa* ó por título hereditario.

Al examinar el art. 658 dejamos consignado el fundamento de ese derecho, tan discutido por las escuelas filosóficas y jurídicas, y á lo dicho entonces nos remitimos, limitándonos por ahora á exponer, que así como la materia objeto del capítulo anterior se concretaba por su propia naturaleza á la sucesión testada, el presente se refiere tanto á ésta como á la intestada, porque en ambas subsiste y no puede menos de ser reconocido el derecho á la herencia.

Divídese este capítulo en once secciones, de las cuales la pri-

mera está consagrada á la determinación de la capacidad para suceder por testamento ó sin él. En todas ellas se han introducido reformas dignas de estudio: unas que han merecido general aplauso, y otras que han sido objeto de censura por los tratadistas y comentadores, cuya crítica quedó, aunque ligeramente, hecha en la parte tercera de la introducción antes citada.

Entre dichas secciones, una de las más importantes es, sin duda alguna, la presente, en la cual se precisan y establecen las condiciones y requisitos exigidos para que pueda darse el derecho sucesorio en el segundo de sus aspectos, ó sea con relación á las personas en cuyo favor se haya constituído.

No siempre ha sido igual el criterio del legislador en este punto. En efecto, en el primitivo derecho romano sólo podían gozar de ese derecho los que tuvieran la condición de ciudadanos, ó, por lo menos, la libre facultad para comprar y vender, ó sea el *comercium*, puesto que el testamento, al menos en su fórmula *per aes et librum*, era una ficción de venta de su patrimonio hecha por el testador al heredero, el cual, por este motivo, recibía el nombre de *familiae emptor*. Había, además, en esa legislación algunas otras personas que, teniendo plena capacidad, no podían, sin embargo, recibir la herencia mientras permanecieran en determinadas circunstancias, como sucedía á los célibes, á los viudos y aun á los casados sin sucesión, comprendidos en las leyes caducarias, y aun existían otras á quienes la ley quitaba la herencia por indignas.

Mitigado, por virtud del influjo de las costumbres, el rigorismo de dicha legislación, y derogadas con el tiempo muchas de las antiguas incapacidades, al trasladar las Partidas los preceptos de la misma á nuestro derecho, establecieron un principio más amplio, desvinculando la herencia, como la testamentifacción activa, de la ciudadanía y del privilegio, y ensanchando considerablemente los términos de la capacidad para suceder *mortis causa*.

Según dichas leyes, tenían capacidad para suceder por testamento ó abintestato todos aquellos á quienes no estuviera pro-

hibido heredar (1), resultando, por lo tanto, dicha capacidad de la circunstancia de no hallarse incapacitado por la ley. Ese mismo sistema es el adoptado por el Código; pero habiendo desaparecido ya al modificarse nuestro antiguo derecho muchas de las incapacidades consignadas en el mismo, ha quedado más ampliado aún el concepto de la capacidad, como veremos al examinar el art. 744, primero de esta sección.

Siguiendo á la legislación romana y á la de Castilla, el nuevo Cuerpo legal reconoce, como limitaciones del derecho á suceder, las incapacidades propiamente dichas y las incapacidades por indignidad ó *causa de indignidad*, como más propia y comúnmente se las denomina.

Las primeras son aquellas que privan de capacidad á una persona para suceder por testamento ó sin él, *ab initio*, y en todo tiempo obstan á la sucesión mientras no desaparezcan; y las segundas, por el contrario, se refieren á personas capaces para suceder en alguna de las formas indicadas, pero que por la concurrencia de determinadas circunstancias no pueden entrar en el goce de la herencia, por resultar indignas para ello.

Determinada con esto la diferencia entre las causas de indignidad y las incapacidades propiamente dichas, réstanos indicar que éstas pueden ser absolutas ó relativas, y, como su nombre lo indica, aquéllas incapacitan para suceder en toda herencia, cualquiera que sea, y éstas tan sólo surten efecto en cuanto á determinadas sucesiones.

De las primeras trata el art. 745; de las segundas los artículos 752, 753 y 754, como veremos más adelante.

Algunos expositores, en correlación con la testamentifacción activa, suelen llamar testamentifacción pasiva al derecho de suceder *mortis causa;* pero esta locución resulta impropia para expresar dicha acepción del derecho sucesorio, puesto que, literalmente entendidos sus términos, parecen referirse sólo á la herencia testada, siendo así que los principios relativos á la fa-

---

(1) Ley 2.ª, tít. 3.º, Partida 6.ª

cultad ó potestad para adquirir por título hereditario se extiende lo mismo á la sucesión testamentaria que á la intestada,

Por eso los autores del Código, apartándose del ejemplo ofrecido por análogos Cuerpos legales y de la doctrina sustentada por esos expositores, prescindió de dicha denominación al establecer en el presente capítulo las normas reguladoras del derecho á suceder por causa de muerte, y distinguió dicha materia con el epígrafe derivado del título de adquisición de ese derecho.

En cuanto á la razón del método seguido, queda suficientemente justificado con la sola consideración de que, después de haber expuesto en el capítulo precedente quiénes son los que pueden disponer *mortis causa*, el orden racional y lógico exigía tratar de las personas que podrían adquirir por dicho título.

Hechas estas breves indicaciones, pasaremos desde luego al examen de cada uno de los diez y nueve artículos que comprendo esta primera sección.

ARTÍCULO 744

Podrán suceder por testamento ó abintestato los que no estén incapacitados por la ley.

Según ha dicho un autor (1), dos aspectos solamente han predominado en el sucesivo desenvolvimiento de nuestro derecho, en cuanto á la determinación de los límites propios de la capacidad para prefijar su verdadero concepto y alcance. Uno de dichos aspectos hacía depender la capacidad de la concurrencia de determinadas condiciones especiales que no solían darse en la generalidad de las personas, y, como la legislación romana, negaba al mayor número el derecho de suceder; y el otro, por el contrario, adoptando una base más cierta y equitativa, consideraba ese derecho como inherente á la personalidad humana, reconociendo la aptitud necesaria para ser heredero *ex testamento* ó

(1) Tratado teórico-legal del derecho de sucesión, por D. Nicolás López R. Gómez, tomo 1.°, pág. 33.

abintestato en todas aquellas personas que expresamente no hubieran sido excluídas.

Este criterio, adoptado ya por el derecho español aun antes de las Partidas, que le consignaron en su ley 2.ª, tít. 3.º de la Partida 6.ª, es también el que ha prevalecido en nuestro Código, como en el francés y en casi todas las legislaciones modernas. Con arreglo á él, dependiendo la capacidad de la no inclusión en las reglas de incapacidad ó de excepción, hay que proceder por el sistema de exclusión para deducir quiénes tengan la aptitud debida para suceder por título de herencia.

El principio, pues, en que se ha inspirado la regla general de la incapacidad, es el mismo ya indicado del reconocimiento de los derechos de la personalidad, bastando la existencia de la misma para ser considerada capaz, á no existir alguna de las causas de excepción ó de incapacidad que limitan dicha aptitud.

Los romanistas y nuestras antiguas leyes, exigían, por regla general é invariable, la concurrencia de la capacidad en determinadas épocas para ser eficaz; pero en la actualidad han desaparecido ó han perdido todo interés las cuestiones suscitadas con motivo de dicho precepto, toda vez que, con arreglo al artículo 758, ha de estarse, para juzgar de la capacidad del sucesor por título universal ó singular, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate. Sólo en los casos á que se refieren los párrafos 2.º y 3.º de dicho artículo, es cuando ha de estarse, por razón de sus circunstancias especiales, á tiempo distinto del fallecimiento; pero estas excepciones no sólo no alteran la regla general consignada, sino que, por el contrario, vienen á confirmarla aun más.

La razón legal de dicha regla se funda en el precepto del artículo 658. Según él, los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de la muerte de la misma, y por lo tanto, á ese tiempo únicamente es al que hay que estar para apreciar si el que ha de suceder ó al que han de ser transmitidos esos derechos reune ó no las condiciones requeridas para ello.

Por eso, del mismo modo que el art. 666 quitó la discutida

pluralidad de tiempos para el aprecio de la capacidad en cuanto á la testamentifacción activa, disponiendo que *únicamente* se atienda para ello al del otorgamiento del testamento, sin tener para nada en cuenta el de la apertura de la sucesión, el 758 hizo desaparecer también toda duda y toda distinción en cuanto á la época única á que ha de atenderse para calificar la capacidad del heredero ó legatario.

Para recibir por testamento basta estar concebido á la muerte del testador, dice Vélez Sarsfield, distinguiendo entre la capacidad para adquirir por herencia y por donación, en tanto que para recibir por este último título es preciso estar concebido al tiempo en que la donación fuere hecha. La razón de esta diferencia es, que para que haya donación es preciso que el donante se desapropie de la cosa objeto de la donación á favor de una persona existente ya por derecho, mientras que el testamento no tiene efecto sino á la muerte del que lo ha otorgado, y sólo en esta época es cuando la propiedad pasa á quien el testador la confiere.

Lo dicho respecto de la sucesión testada en el párrafo anterior, es aplicable igualmente á la intestada, por ser la misma la razón de derecho en una y otra.

Análoga disposición á la del precepto que examinamos contiene el art. 902 del Código francés, el 961 del de Chile, el 1118 del de Colombia, el 796 del de Uruguay, el 1735 del de Portugal, el 723 del de Italia, el 810 del de Guatemala, y concuerda además con el 3733 del de la República Argentina, el 3425 del de Méjico, el 902 del de Bélgica, el 2008 del de Sajonia y algunos otros.

ARTÍCULO 745

Son incapaces de suceder:

1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunan las circunstancias expresadas en el artículo 30.

2.º Las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley.

Tiene por objeto este artículo, la determinación de las incapacidades absolutas para suceder *mortis causa*, ó sean las que privan de capacidad en todo tiempo y en toda sucesión, cualquiera que sea la persona del causante, y su precepto es uno de aquellos en que más se observa y manifiesta el criterio de amplitud, y el espíritu de libertad que ha inspirado la reforma llevada á cabo por el Código en esta materia.

En la primitiva edición del mismo, ocupaba el primer lugar de las incapacidades absolutas, la establecida en nuestro antiguo derecho respecto de los religiosos profesos de órdenes legalmente reconocidas; pero revisado su texto por virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889, fué eliminada de él justamente dicha incapacidad, que los autores del nuevo cuerpo legal habían aceptado en conformidad y acatamiento á la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888, por no apartarse de las repetidas disposiciones que sancionaban dicha prohibición. En esta incapacidad fué sumamente impugnada al discutirse en las Cortes el Código, y en vista de las reclamaciones formuladas, tanto por los representantes de la Iglesia, como por otras muchas personas, la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación, encargada de la reforma, prescindió de ella y la suprimió desde luego, prestando la atención debida á las razones alegadas, y procediendo de completo acuerdo con las nuevas relaciones entre el Estado y la Iglesia. Como ampliación de lo expuesto, véase lo que dejamos indicado acerca de dicha incapacidad en la reseña histórica que comprende la parte primera de la introducción al estudio del presente título.

A partir, pues, de dicha reforma, sólo dos incapacidades absolutas reconoce la ley, que son las determinadas en este artículo. La primera de ellas está en armonía con los principios universales del derecho, según los que se reputa que no ha existido la persona que no reune las condiciones indicadas, toda vez

que no se la considera nacida para los efectos civiles, y por lo tanto, no es susceptible de derecho alguno.

Lo mismo debemos decir respecto de la incapacidad segunda, pues tiene el mismo fundamento, y en su virtud, to la asociación ó corporación no permitida por la ley, ni reconocida por el Estado, carece de personalidad jurídica y para los efectos civiles es como si no existiera. No queremos afirmar con esto, y menos en el terreno de los principios, que las asociaciones deban su existencia al reconocimiento de las mismas por el Estado, pues por el contrario, entendemos que ésta es anterior á dicho reconocimiento, y que deben primariamente su subsistencia á la propia eficiencia y virtualidad de las mismas; pero su personalidad jurídica, su estimación como sujeto legítimo de derechos y obligaciones, depende del reconocimiento por el Estado, y hasta entonces hay que reputarlas como no nacidas, toda vez que no han existido legalmente.

De los términos claros y precisos en que se hallan consignadas las dos incapacidades dichas, se deduce *á contrario sensu*, que tiene capacidad para suceder por testamento ó abintestato, toda persona nacida con figura humana que haya vivido completamente desprendida del seno materno durante veinticuatro horas, cualquiera que sea su condición y estado, y sin limitación alguna, siempre que en ella no concurra alguna de las incapacidades relativas, que expondremos al examinar los artículos 752, 753 y 754; y asimismo gozan de capacidad para suceder todas las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas; pero es de advertir que, según el artículo siguiente, en relación con el 38, si bien pueden adquirir por testamento las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las diputaciones provinciales y las provincias, los ayuntamientos y los municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley, y las demás personas jurídicas, es preciso que se ajusten á las leyes, y por lo tanto, á las desamortizadoras, que, como administrativas, no han sido derogadas por el

Código, y también á las reglas de su constitución, debiendo regirse la Iglesia por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia, por lo que dispongan las leyes especiales del ramo.

Con ocasión de este artículo, examinan algunos comentadores una cuestión que entendemos resuelta ya por el art. 29 del Código. Nos referimos al derecho y á la capacidad del póstumo para suceder *mortis causa.*

El Código francés, en su art. 725, exige necesariamente, como requisito indispensable para el reconocimiento de la capacidad, la existencia en el momento en que la sucesión se determina, y declara, por lo tanto, incapaces á los que en dicho momento no hubieren sido concebidos aún. El mismo principio ha sido adoptado también por casi todas las legislaciones, concediendo la capacidad sucesoria, ó *receptiva* en materia de sucesión, á los que tuvieren existencia á la muerte del causante. Una particularidad se observa, sin embargo, en el Código portugués, cuyo art. 1777 establece que será también válida la disposición testamentaria hecha á favor de los póstumos descendientes en primer grado de ciertas y determinadas personas vivas á la muerte del testador, aunque el futuro heredero ó legatario nazca fuera del plazo de trescientos días.

En nuestro antiguo derecho no existía precepto expreso acerca de este particular; pero la mayor parte de los tratadistas, y entre ellos Antonio Gómez, consideraban incapaz al que no había sido concebido al tiempo de abrirse la sucesión, y aunque algunos censuran que en el Código no se haya consignado un principio análogo que ponga término á las cuestiones que con tal motivo se suscitaban en la doctrina y en la práctica durante la anterior legislación, entendemos que carece de fundamento tal censura, porque el art. 29 antes citado da solución á dicha dificultad, y una vez establecido en él con carácter general el principio del nacimiento de la personalidad jurídica como requisito preciso para el goce de los derechos civiles, no había necesidad de repetirlo ahora.

Según dicho artículo, el nacimiento determina la personalidad civil; pero para todos los efectos que le sean favorables, se tiene por nacido al concebido, siempre que nazca con las condiciones expresadas en el siguiente, ó sea que el feto tenga figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, teniéndose por no nacido al que no reuna dichos requisitos. El principio no es nuevo, puesto que tiene sus precedentes en las leyes 3.ª, tít. 23 de la Partida 4.ª, y 8.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, y su justicia resulta indiscutible.

En efecto, únicamente pueden ser sujetos de derechos las personas, y por lo tanto, mientras la ley no reconozca vida legal á las mismas, hay una incapacidad natural para que recaiga en ellas derecho alguno. Esto sentado, exigiendo el art. 29 ya dicho el nacimiento ó la concepción para que surja la personalidad civil, es indudable que el no concebido no puede tener capacidad para suceder. Esta cuestión tiene verdadera importancia en el caso de que el póstumo nazca después del término reconocido como máximum para la gestación.

Con gran elocuencia lo dijo ya Antonio Gómez al afirmar que el que no existe ni aun en el vientre de la madre, no puede reemplazar al difunto, ni recoger sus bienes, ni adquirir sus derechos, porque la nada no puede ser susceptible de derechos, y lo que no tiene existencia alguna no puede revestir las cualidades necesarias para ser heredero. En su virtud, el no concebido no tiene capacidad para suceder, y en cuanto al concebido, pero no nacido, si bien adquiere ese derecho, como todos, en cuanto le favorecen, es sólo condicionalmente, dependiendo del hecho y de las circunstancias del nacimiento: si nace con figura humana y vive desprendido enteramente del seno materno, se le tendrá por nacido, y su derecho se consolidará; pero si nace sin esas circunstancias, quedará en concepto de criatura abortiva, y se reputará que nunca ha existido, lo mismo que si no naciera.

Aceptada la tesis de que para el nacimiento de la capacidad para suceder se requiere cuando menos la concepción al tiempo de abrirse la sucesión, se ha discutido también cuáles sean las

reglas que hayan de servir para la determinación del momento de la concepción. La cuestión es de evidente interés, pues según sea la solución que se adopte, en algunos casos podrá ocurrir que se estime ó no al póstumo como concebido en el momento en que la sucesión se abrió, dependiendo del criterio adoptado el derecho á la herencia; pero, á nuestro juicio, se halla resuelta por razón de analogía en el art. 108, que establece, aunque con relación á la legitimidad, los períodos admitidos como máximo y mínimo para la gestación; pues el silencio del legislador en este punto no puede explicarse sino por su intención de referirse á las disposiciones ya establecidas respecto del estado de las personas. Además, existe una correlación íntima y necesaria entre las leyes que rigen dicho estado y las que determinan la facultad para suceder, y las mismas razones que el legislador tuvo para fijar de una manera invariable la época de la concepción, poniendo término á las incertidumbres de la ciencia, existen igualmente para la transmisión de la herencia.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia francesa en repetidos casos; mas los autores no están de acuerdo sobre ello; Laurent admite la doctrina en derecho constituyente, pero la considera inaplicable dados los preceptos del Código: otros, como Demante, resuelven la cuestión de acuerdo con las presunciones que se derivan del plazo máximo y mínimo de la gestación, aunque añadiendo que no tendrá la fuerza de presunciones legales; y por último, Demolombe y los que le siguen, sostienen que debe ser decidida de conformidad con dichas presunciones, dejando á salvo el derecho del demandado para producir prueba en contrario.

Tampoco están de acuerdo acerca de la persona á quien corresponde la prueba, en el caso de que se dude si el heredero es ó no criatura abortiva, por no haber vivido el feto todo el tiempo exigido por la ley. Laurent y Demolombe dicen que el que reclama la herencia transmitida por el fallecimiento de un niño, es el que debe probar que éste vivió todo el tiempo exigido para crear y transmitir derechos; y por el contrario, Massé y Vergé

opinan que el que afirma que la criatura es abortiva por haber nacido muerta ó no haber vivido veinticuatro horas enteramente desprendida del seno materno, debe probar su afirmación.

La primera de las incapacidades citadas tiene sus precedentes en la legislación romana, en las leyes 38, 129, 135 y 141 del tít. 16, libro 50 del Digesto; en las 6.ª, 7.ª, 14 y 15 del título 1.º, libro 5.º de dicho cuerpo legal, y en la 12, tít. 2.º, libro 28 también del Digesto, así como en la 2.ª y 3.ª, tít. 29, libro 6.º del Código, y en la Instituta, párrafo 1.º, tít. 13, libro 2.º Sin embargo, en Roma no se consideraba abortiva la criatura que nacía con figura humana y vivía un solo momento (1).

De dicha legislación pasó á nuestro derecho en los términos que ya tenemos indicado, y por último, se ha reproducido en el Código, formulándola de un modo claro y aun más preciso que algunos Códigos extranjeros, cuya oscuridad en este punto suele ser causa de frecuentes cuestiones.

El Código francés, en efecto, divide en su art. 725 dicha incapacidad en las dos siguientes: 1.ª, la del que aún no haya sido concebido al tiempo de la muerte del causante de la sucesión; y 2.ª, la del que no haya nacido *viable*; cuya locución ha dado lugar á repetidas dudas, pues como no define la viabilidad, tienen que ser resueltas en cada caso particular por el arbitrio y el criterio más ó menos uniforme de los tribunales las cuestiones suscitadas sobre su interpretación y aplicación.

El art. 1019 del de Colombia considera incapaces para suceder á los que no existan *naturalmente* al tiempo de abrirse la sucesión. El de la República Argentina establece, en el art. 3734, dicha incapacidad respecto de los que no están concebidos al tiempo de la muerte del causante, y al que, estándolo, naciere muerto. El de Chile, en su art. 962, declara incapaz al que no exista *natural* ó *civilmente* al abrirse la sucesión; y concuerdan también con el artículo que comentamos, el 573 del de Austria,

(1) Ley 2.ª, tít. 29, libro 6.º del Código.

el 1779 del de Portugal, el 724 del de Italia, el 3426 del de Méjico, el 946 del de Holanda y algunos otros.

En cuanto á la segunda de las incapacidades consignadas en este artículo, tiene también sus precedentes en el derecho romano (1), en las Partidas (2), y en la Novísima Recopilación (3), y concuerda además su precepto con el de algunos de los Códigos citados, entre ellos el art. 3734 del de la República Argentina, el 811 del de Guatemala, el 1020 del de Colombia, el 963 del de Chile, el 3438 del de Méjico, el 1469 del de la Luisiana, y otros.

ARTÍCULO 746

Las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción á lo dispuesto en el art. 38.

El precepto de este artículo, en cuanto establece la capacidad para suceder á favor de las personas jurídicas citadas en el mismo, es una consecuencia tan lógica y natural del anterior, que algunos comentadores estiman que huelga la declaración hecha en él, pues limitada, según dicen, por el art. 745 la incapacidad de las asociaciones y corporaciones, tan sólo á las no permitidas por la ley, *á contrario sensu*, se deduce que son capaces para suceder todas aquellas en quienes no concurra ese requisito, por hallarse permitidas y autorizadas, entre las cuales se encuentran las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las diputaciones provinciales y las provincias, los ayuntamientos y municipios, y las

(1) Leyes 1.ª párrafo 15, tít. 1.º, libro 26; 3.ª, tít. 22, libro 47, y 8.ª y 12, tít. 24, libro 6.º del Código.
(2) Ley 4.ª, tít. 3.º de la Partida 6.ª
(3) Ley 5.ª, tít. 12, libro 2.º

demás corporaciones y establecimientos mencionados en este artículo.

Sin embargo, la limitación impuesta por el 38 á la capacidad para adquirir y poseer bienes, concedida á la Iglesia y á las personas jurídicas, y los precedentes en contrario de nuestra anterior legislación, hacían conveniente y aun necesaria la declaración contenida en este artículo, para evitar en otro caso que, al reconocerse á dichas entidades jurídicas la capacidad para suceder, se entendiese que de ella gozaban sin restricción alguna y en los mismos términos que las demás personas aptas para ello. Por eso los autores del Código, atentos siempre á procurar la mayor claridad y la más fácil inteligencia de sus preceptos, se cuidaron muy especialmente de salvar dicha dificultad, estableciendo en este artículo, que la capacidad concedida á esas asociaciones habrá de ajustarse en su ejercicio á lo dispuesto en el artículo 38, el cual les impone la obligación de conformarse en dicho ejercicio á las leyes y reglas de su constitución, y á las disposiciones especiales que regulan la efectividad de sus derechos.

Constituyen éstas ciertas limitaciones de la capacidad para suceder, en cuanto obligan á sujetarse á formas y condiciones previamente determinadas. Las disposiciones legales á que se refiere dicho art. 38, cuya observancia se ordena en el presente, son: el concordato de 1851 y el convenio de 25 de Agosto de 1859, para la Iglesia; la ley de 1.º de Mayo de 1855, para los establecimientos de beneficencia; las leyes Municipal y Provincial, para los municipios y las provincias; las leyes de 1.º de Mayo de 1855 y 11 de Julio de 1856, para los establecimientos de instrucción pública, y las de 21 de Diciembre de 1876 y 26 de Julio de 1878, para las instituciones de Escolapios, Hermanas de la Caridad y de San Vicente de Paúl y Religiosas de Nuestra Señora y Enseñanza.

El artículo que examinamos tiene precedente en la ley 4.ª, título 3.º de la Partida 6.ª; pero no siempre ha regido en nuestro derecho el criterio favorable á la capacidad de dichas perso-

nas jurídicas. Consideradas *manos muertas*, fueron objeto principal de las leyes desamortizadoras, según las que dichas corporaciones no podían disfrutar bienes inmuebles, los cuales habían de pasar al Estado para su enajenación, sin perjüicio de indemnizar convenientemente á las mismas, mediante la entrega de las oportunas láminas ó títulos de la Deuda pública, representativos de su valor.

En cuanto á las iglesias, monasterios y demás corporaciones eclesiásticas ó religiosas, el art. 15 de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820 les prohibió ya la adquisición de bienes raíces, estableciéndose además en el art. 14 de la misma, que en adelante no pudieran fundarse patronatos, capellanías, obras pías ni otra vinculación alguna. Derogada dicha ley por Real decreto de 1.º de Octubre de 1823, fué restablecida en 30 de Agosto de 1836, y con ella las prohibiciones citadas; pero en el art. 41 del concordato de 1851, y en el convenio con la Santa Sede de 25 de Agosto de 1859, se reconoció á la Iglesia y á los institutos religiosos el derecho de adquirir por testamento, y se autorizó á los curas y coadjutores para poseer casas rectorales, declarándose además que podían establecerse casas y congregaciones de San Vicente de Paúl y de San Felipe Neri, también con facultad de adquirir. Lo mismo se acordó respecto á todas las comunidades religiosas, por Real decreto de 25 de Julio de 1868; pero en 18 de Octubre del mismo año se declararon extinguidos, con alguna excepción, todos los conventos, monasterios, colegios, etc., fundados desde 29 de Julio de 1837 y sus bienes pasaron á la propiedad del Estado, si bien quedaron subsistentes algunas comunidades de religiosas, como las de Hermanas de la Caridad, de San Vicente de Paúl, y otras dedicadas á la enseñanza y beneficencia.

Los establecimientos benéficos tenían también incapacidad absoluta para adquirir bienes inmuebles, por la ley de 11 de Octubre de 1820; pero la de Beneficencia de 27 de Diciembre de 1821 reconoció indirectamente ese derecho, y en la municipal de 8 de Enero de 1845 y la especial del ramo de 20 de Ju-

nio de 1849, expresamente ya se les autorizó para aceptar, aunque no para adquirir, facultándoles al fin, en la de 1.° de Mayo de 1855, para adquirir toda clase de bienes, con la condición de enajenarlos y convertirlos en papel del Estado. El Real decreto de 27 de Abril de 1875, y la Instrucción de la misma fecha, reconocieron también á su favor la facultad para adquirir bienes inmuebles, siendo la opinión corriente á la publicación del Código que tan sólo podían adquirirlos por título gratuito.

En cuanto á los establecimientos de enseñanza, tampoco podían adquirir dicha clase de bienes según la ley desvinculadora citada, siguiendo esta prohibición las mismas vicisitudes que ella. En las de 3 de Mayo de 1837 y 1.° de Mayo de 1855 se les permitió la adquisición de capitales de censos ú otros efectos de rédito fijo, disponiendo la segunda, en su art. 20, que todos los bienes que dichos establecimientos poseyeran se vendiesen, convirtiendo su importe en inscripciones intransferibles de la Deuda del Estado. Posteriormente, la ley de 11 de Julio de 1856 volvió á decretar la venta de todos los bienes destinados á la enseñanza pública, pudiendo, por lo tanto, dichos establecimientos adquirir bienes, pero no retenerlos.

Tal era el estado de derecho al publicarse el Código, el cual, en su art. 38, concedió á dichas personas jurídicas capacidad para adquirir, pero con la limitación al principio indicada; y como las prescripciones especiales por que se rigen no han derogado las leyes desamortizadoras que hemos mencionado, preciso es admitir que á pesar del reconocimiento de dicha capacidad, tanto para adquirir *inter vivos* como para suceder *mortis causa*, no puede subsistir la amortización de bienes inmuebles, y por lo tanto, podrán adquirir, pero no retener, debiendo en su virtud venderse los bienes adquiridos é invertirse su producto en valores mobiliarios.

Declara la Resolución de la Dirección general de los Registros de 9 de Mayo de 1906, que sea la que fuere la doctrina que se mantenga sobre el carácter derogatorio del Código civil en sus arts. 38 y 746 con relación á las leyes desamortizadoras, di-

chos artículos no pueden ser aplicables á actos anteriores á su vigencia.

Casi todas las legislaciones han establecido análogo precepto al del artículo que examinamos. El Código de Sajonia, en su artículo 2075, dispone lo mismo que el nuestro, reconociendo además la capacidad para suceder, aunque las personas jurídicas indicadas no existan al tiempo de la institución, siempre que hayan sido reconocidas por el Estado, aunque sea con posterioridad á la muerte del testador. El art. 910 del Código francés se limita á los establecimientos de beneficencia, á los pobres de un pueblo ó á las instituciones de utilidad pública, siendo también necesaria la autorización del Gobierno. El Código de Portugal limita la capacidad de las corporaciones eclesiásticas á una parte determinada de la herencia. El de Colombia las considera incapaces aunque tengan el carácter de personas jurídicas, según expusimos en el comentario del artículo anterior; pero todas las demás corporaciones y asociaciones que revistan dicho carácter tienen capacidad para suceder (1). Lo mismo dispone el de Chile (2).

Otras varias concordancias pudiéramos citar, pero de todas ellas resulta que, en más ó menos extensión, se imponen determinadas limitaciones á la capacidad receptiva de las personas jurídicas, á que se refiere el presente artículo.

ARTÍCULO 747

Si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los estableci-

---

(1) Arts. 1020 y 1021.
(2) Arts. 962 y 963.

mientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia.

Establece el Código en este artículo un precepto sin precedentes en nuestra antigua legislación, puesto que no pueden ser considerados como tales precedentes ni las especiales prescripciones relativas á las mandas forzosas, que, como es sabido, se referían á una escasa parte de la herencia, teniendo lugar en todas las sucesiones, ni la Real cédula de 30 de Mayo de 1830, confirmatoria de la de 13 de Febrero de 1787, y ley 15, tít 20, libro 10 de la Novísima Recopilación. Pero, si bien no por ley, por la costumbre, fué introducida y extendida la disposición especial, instituyendo por heredera ó legataria el alma del testador, desde que, por consecuencia de la reforma llevada á cabo por el Ordenamiento de Alcalá, no fué precisa la institución de heredero.

Algunos tratadistas han creído que en virtud de la Real cédula antes citada habían quedado prohibidas esas instituciones; pero dicha disposición sólo se limitó á prohibir que el confesor del testador fuera legatario ó mero ejecutor únicamente de las obras pías ordenadas por el testador, y, por lo tanto, no debe ampliarse su precepto á otros casos distintos de los expresamente indicados en el mismo. Así lo entendió también el Tribubunal Supremo en sentencias de 15 de Marzo y 18 de Junio de 1864, y 24 de Diciembre de 1866, que sancionaron la misma doctrina. A virtud de esta jurisprudencia, continuó extendiéndose esa forma especial de institución, y el Código, con el fin de evitar dudas y vacilaciones que la hermenéutica jurídica era insuficiente ó incapaz para resolver, hizo en el artículo que examinamos clara y concreta dicha institución á favor del alma, dándole la certidumbre necesaria para que pueda cumplirse con provecho el descanso espiritual del testador y con visible beneficio de los menestorosos, como ha dicho un autor.

Ampliación de esta facultad es la disposición contenida en el art 749, relativo á las instituciones hechas á favor de los

pobres en general, sin designación de personas y de población, ó de los de una parroquia ó pueblo determinado, cuyo precepto es análogo al presente, como más adelante veremos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de Diciembre de 1899, con relación á este artículo y al 749, establece la doctrina siguiente:

Aunque el testamento es, con arreglo al art. 670, un acto personalísimo, el 671 faculta que se encomiende á un tercero la distribución de las cantidades que deje, en general, á una clase determinada, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á que deban aquéllas aplicarse, confirmando esta última disposición los arts. 747 y 749 al dictar reglas para la distribución de los bienes hereditarios por terceras personas cuando el testador no las hubiere dado precisas al destinarlos á sufragios por su alma y á obras piadosas ó benéficas, y los 901, 907 y 992, al determinar que los albaceas tendrán las facultades que les haya conferido el testador y que no sean contrarias á las leyes; que deberán dar cuenta al juez cuando hubieren sido nombrados para invertir ó distribuir los bienes; y que la aceptación de la herencia deferida á los pobres corresponde á las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes. Como consecuencia de todas estas disposiciones, es válido el testamento por el cual se encarga al albacea que recompense en la forma que estime mejor á las personas que sirvieron al testador, é invirta el remanente de los bienes en obras benéficas.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 20 de Abril de 1906, declara que con arreglo al art. 747 del Código, es válida la institución hecha en favor del alma del testador ó de otras personas, y que afectada una finca para el cumplimiento de cargas espirituales y piadosas, sin prohibirse expresamente su enajenación, no existe amortización ni vinculación contraria á las leyes, aunque el testador disponga que se inscriba la finca sucesivamente á favor de los diversos administradores.

«La razón y la causa de las prescripciones del art. 747», tienen su origen en las tendencias que informan todos los Códigos modernos, y vienen á suplir una deficiencia de la anterior legislación. Según hemos dicho en otro lugar, podrá discutirse la oportunidad de su planteamiento; podrá tal vez considerarse prematura la solución adoptada por falta de la debida preparación en las costumbres y en las entidades á quien se confía la distribución de la herencia en tales casos; pero lo que no puede negarse es que, cumpliéndose bien y fielmente dicha misión con arreglo á la recta conciencia, que la ley ha buscado en esas entidades, se habrá conseguido un bien en cuanto tiende y puede contribuir á hacer cesar la indeterminación propia de esa clase de ordenaciones de la última voluntad.

Algún precedente en cuanto á las personas llamadas á hacer la distribución de los bienes, á falta de albaceas, en las instituciones á favor del alma del testador, podría encontrarse en la ley 5.ª, tít. 10 de la Partida 6.ª, que ordena se entregue al Diocesano cualquier cantidad que el testador hubiere aplicado en sufragio de su alma para redención de cautivos. También conviene tener en cuenta en el estudio de este artículo, la ley 7.ª del mismo título y Partida.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 611, inspirándose, en el fondo, en el art. 808 del Código sardo, establecía que la disposición universal de una parte alícuota de los bienes que el testador hiciera en favor de su alma sin determinar la aplicación, ó simplemente para misas, sufragios, usos ú obras pías, se entendía hecha á favor de los pobres en los términos del artículo 610, y aunque el ilustre comentador de dicho proyecto considera tan honroso para el testador como útil y humano el principio que informó dicho precepto, fácilmente se comprende que no podía prosperar dicho criterio en absoluto; y por eso, en el 1882 no fué reproducido, disponiéndose en su art. 744 literalmente lo mismo que en el presente.

En cuanto á las legislaciones extranjeras, encontramos como particularidad digna de especial mención, el art. 1056 del Có-

digo de Chile, que en su apartado tercero dice, que la totalidad ó la porción de la herencia que el testador hubiere dispuesto para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, se entenderá dejado á un establecimiento de beneficencia, que será el que designe el Presidente de la República, prefiriendo alguno de la vecindad ó residencia del testador. Idéntica doctrina establece en su art. 1113 el Código de Colombia, y ambos están de acuerdo en lo sustancial en lo que ordenaba el art. 808 ya citado del Código sardo, según el que las disposiciones piadosas que el testador hubiera hecho en general, sin designar su aplicación, habían de reputarse hechas en favor de los pobres del lugar de su domicilio. El de Méjico, en su art. 3445, previene también que la disposición universal hecha por el testador en favor de su alma, sin especificar otro modo de inversión, se entenderá hecha en favor de los establecimientos de beneficencia pública.

Ese mismo criterio es el que ha seguido nuestro Código, si bien no en tanta extensión, puesto que sólo consagra la mitad del importe de la institución á los establecimientos benéficos que expresa el artículo que examinamos. Por el contrario, el de Guatemala, en el art. 870, hace ineficaz la disposición testamentaria en favor del testador, declarando la nulidad de la misma. Y, finalmente, concuerda además el presente artículo con el 831 del Código italiano, el 1055 del de Chile y algunos otros.

ARTÍCULO 748

La institución hecha á favor de un establecimiento público bajo condición ó imponiéndole un gravamen, sólo será válida si el Gobierno la aprueba.

Este artículo se halla en relación con el 994, que establece el principio absoluto y general para todos los establecimientos públicos oficiales, de que éstos no podrán aceptar ni repudiar herencia alguna sin la aprobación del Gobierno.

Consecuencia de ese principio es también el precepto de que no puedan ser válidas sin dicha aprobación las instituciones á que se refiere este artículo, y, por lo tanto, reservamos su comentario para cuando examinemos el 994 citado, á fin de evitar innecesarias repeticiones, limitándonos por ahora á indicar que el presente apenas tiene concordante en las legislaciones extranjeras, pudiendo citar como el más análogo el 3439 del Código de Méjico, del cual se ha dicho sin razón alguna que había sido copiado.

Tampoco tiene precedentes en nuestro derecho civil hasta el proyecto de Código de 1882, en cuyo art. 745 se estableció análoga prescripción.

ARTÍCULO 749

Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por las albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

Al comentar el art. 747 nos ocupamos también del presente, por la analogía de sus preceptos y de los motivos á que obedecen.

Como entonces dijimos, la causa y la razón legal de las disposiciones contenidas en dichos artículos, tiene su origen en las tendencias que han inspirado casi todos los Códigos modernos, haciendo que vengan á aprovecharse de los beneficios de la herencia los establecimientos ó las personas más conformes con los

afectos y las aspiraciones del causante, y con la intención presunta del mismo.

Como precedente de este artículo recordamos la ley 20, título 3.° de la partida 6.ª, que declaraba que, en el caso de establecerse por heredero á los pobres de una ciudad ó villa, se distribuyeran los bienes entre los que se hallasen en los hospitales de los indicados puntos, y especialmente aquellos que por sus enfermedades no pudieran salir á implorar la caridad pública; pero si no se designaran los pobres de la ciudad, la herencia debía repartirse entre los pobres del lugar en que fuere hecho el testamento. Algún otro precedente podríamos encontrar en nuestra anterior legislación como en la romana, mas las prescripciones de este artículo son tan claras y explícitas, que no requieren un detenido estudio del derecho antiguo para formar concepto de su espíritu ó de la intención del legislador.

Para evitar confusiones, conviene advertir que si bien el artículo 750 previene que toda disposición en favor de persona incierta será nula, á menos que por algún evento pueda resultar cierta, no se refiere dicho precepto á las personas desconocidas del testador, pero ciertas, como sucede en las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, de los parientes, etc.

Persona incierta, como decía el derecho romano, en el que tenía sus precedentes dicho artículo, es aquella de que el testador no se hubiere formado una noción precisa, y persona desconocida, aquella que es ignorada ó de que no tenga conocimiento el testador, las cuales, según decía la Instituta, *nuncuam testator vidit, heredis instituit possunt*. En su consecuencia, la circunstancia de no conocer el testador á los pobres, á los parientes ó á las demás personas favorecidas por su disposición, no es obstáculo para la validez y subsistencia de la misma.

El precepto contenido en el párrafo 1.° del artículo que examinaremos viene á constituir una regla de interpretación, que ha de aplicarse para suplir la falta de expresión del testador. Si la voluntad de éste estuviera claramente expresada, ésta es la que habría de cumplirse, puesto que todo nuestro régimen su-

cesorio, en cuanto á la herencia testada, se funda en el respeto á la voluntad del testador, pero si así no fuera, si su intención no resultase suficientemente esclarecida, como sucede en el caso á que el artículo se refiere, por la generalidad de la disposición, hay que interpretarla en los términos prevenidos en el mismo.

La prescripción del párrafo 2.º modifica lo dispuesto en la ley 20, tít. 3.º de la Partida 6.ª, antes citada, pues con arreglo á lo establecido en dicho párrafo, no hay que guardar ya la preferencia concedida por la indicada ley, sino que la persona á quien corresponde hacer la distribución será la que elija y califique libremente á los pobres que hayan de disfrutar de la herencia, sin tener que sujetarse en esa elección y calificación á otras reglas que las consignadas en el testamento.

El párrafo 3.º del presente artículo no necesita explicación alguna. Es una disposición de mera referencia, cuyos términos no pueden ofrecer dudas de ningún género.

Conforme con lo preceptuado en este artículo, la resolución de la Dirección general de los Registros de 24 de Mayo de 1901 determina que cuando el testador deja parte de sus bienes á los pobres de una localidad, encargando la distribución al párroco ó á representantes legítimos de casas de asilo, éstos son los que deben cumplir en esa parte la voluntad del causante, y no el albacea nombrado, haciéndose á favor de aquéllos la inscripción que proceda.

El legado en favor de los pobres no debe entenderse, á los efectos del impuesto de derechos reales, en favor del alma, sino en favor de personas extrañas al testador. (Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1907.)

Véase en el art. 747 la sentencia de 1.º de Diciembre de 1899.

El proyecto de Código de 1851, en su artículo 610, siguiendo en esto al 808 del Código sardo, por estimarlo más conforme á la intención del testador y á la opinión común de los intérpretes, estableció que las disposiciones comprendidas en el párrafo 1.º del artículo que examinamos sólo aprovecharían á los pobres del domicilio del testador en la época de su muerte, *si no*

constare claramente haber sido otra su voluntad: con cuyos términos se dejó á salvo, de acuerdo con las leyes romanas y de Partidas, la voluntad del otorgante, ley por la cual debía y debe regirse la sucesión. En cuanto á la calificación, se encomendó á los alcaldes en unión de los párrocos, como las personas más conocedoras de los verdaderos pobres por razón de sus funciones; y la distribución había de hacerse en primer término por los albaceas, y á falta de éstos, por las personas antes indicadas; é igualmente se hizo también extensiva dicha disposición al caso en que el testador hubiera dispuesto á favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

El proyecto de 1882 contiene asimismo precepto análogo al del Código, y en cuanto á las legislaciones extranjeras, se encuentran también en ellas bastantes concordancias con el artículo que examinamos. El párrafo 1.º de dicho artículo es idéntico al 2164 del Código de Sajonia, si bien en éste se añade que, en caso de duda, se pondrá la herencia ó legado á disposición de los correspondientes consejos ó juntas de los asilos, de lo cual se ha prescindido en el nuestro, acaso por la lentitud é indiferencia de que suelen adolecer las juntas de beneficencia, y por los defectos y abusos á que pudiera dar lugar su intervención. El de Chile, en su art. 1056, apartado 4.º, dice, por lo que en general se dejase á los pobres se aplicará á los de la parroquia del testador. Según el art. 925 del de Holanda, la disposición testamentaria en provecho de los pobres, sin otra designación, se reputará hecha en favor de todos los pobres que participen de los socorros públicos en el lugar en que se abra la sucesión; y el 1113 de Colombia dispone también que en dicho caso se aplicará el importe de la disposición al establecimiento público de beneficencia ó caridad que exista en el lugar del domicilio del testador, y si no lo hubiese, al más inmediato, excepto cuando el testador lo prohiba ó haya manifestado su voluntad de dejarlo á los pobres de determinado lugar en donde no exista establecimiento público de beneficencia, y en este caso será repartido á presencia del alcalde y personero municipal del distrito,

según el art. 1115 de dicho Código. Concuerdan también con el de nuestro Código el art. 832 del de Italia, el 3442 y 3443 del de Méjico y algunos otros.

ARTÍCULO 750

Toda disposición en favor de persona incierta será nula, á menos que por algún evento pueda resultar cierta.

En el comentario del artículo anterior hemos indicado la diferencia que existe entre persona *incierta* y persona *desconocida*, cuya distinción debe tenerse muy en cuenta al examinar el presente, para evitar posibles confusiones ó una equivocada interpretación de sus términos.

La declaración consignada en este artículo tiene sus precedentes, en cuanto al derecho romano, en el epígrafe 25, tít. 20, libro 2.º de la Instituta, y en nuestro derecho, en la ley 6.ª, título 3.º de la Partida 6.ª, la cual prevenía que la institución fuera nula si no se determinaba con precisión la persona del heredero; pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretando dicha ley, declaró, entre otras sentencias, en la de 18 de Junio de 1857, que no era necesario designar al heredero por su nombre, siendo suficiente determinarle de manera que no ofrezca dudas.

La de 31 de Enero de 1899 declara válida, con arreglo á este artículo, la mejora hecha en favor del nieto ó nieta, hijos de una hija determinada del testador, que con asentimiento y consentimiento de su padre casase para la casa petrucial, porque la incertidumbre del agraciado con la mejora cesa por el cumplimiento de la condición impuesta en ella, que en dicho caso es el evento á que alude el art. 750 para la validez de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas.

La misma doctrina se halla establecida en el párrafo 2.º del artículo 772 del Código, si bien precisándola aún más con la prevención de que, para valer la institución de heredero hecha sin expresión del nombre y apellido de éste, es preciso que el

testador le designe de tal modo, que no pueda dudarse quién sea el instituído. La omisión, por lo tanto, del nombre y apellido del heredero no vicia la disposición.

Tampoco la anula el error padecido en la expresión de los mismos ó de las cualidades del heredero, según el terminante precepto del art. 773, si de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona favorecida por el testador.

Algunos han creído que la disposición de este artículo huelga, en vista de la regla consignada en el 772, que determina la forma en que ha de ser designado el heredero, pues debiendo contener dicha designación para ser eficaz el nombre y apellido del instituído, ó ser hecha en otro caso de modo que no pueda dudarse quién sea, es evidente que no puede valer ni prosperar la institución hecha sin reunir dichos requisitos, por no contener la expresión citada, ó por no poder venirse en conocimiento de quién sea el favorecido, en cuyo caso se encuentra la persona incierta. Pero carecen de fundamento los que tal creencia mantienen, porque la fijación de esa regla, ó sea la prescripción de la nulidad indicada, no es el objeto principal del artículo que examinamos, sino la declaración de validez contenida por vía de excepción en su último extremo, respecto de las instituciones hechas á favor de persona incierta cuando de algún modo ó por algún evento pueda resultar cierta.

No obstante la generalidad de los términos de esa excepción, puede, sin embargo, darse el caso de que la institución no sea eficaz, aunque pueda llegar á ser cierta la persona del instituído. En este caso se encuentra aquella que fuere hecha designando indeterminadamente por heredero á la persona que otro instituya por heredero suyo, pues en realidad, en dicha disposición se comete á otro la facultad de designar el instituído, y hallándose prohibido esto por el art. 670, debe ser declarada nula.

Según hemos dicho al examinar el artículo anterior, el presente no se refiere á las personas que, aunque realmente existen, son desconocidas para el testador, sino única y exclusiva-

mente á las inciertas, que son aquéllas de cuya existencia no tenga noción precisa el testador, ó, como decía Gayo, aquellas que *per incertam opinionem, animo suo testator subjecit.*

Declara la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Julio de 1905 que llamados á la nuda propiedad los herederos del usufructuario que tiene hijos, no puede decirse que la institución recaiga en persona incierta, aunque el usufructuario renuncie, pues sus hijos son desde luego sus herederos, como herederos forzosos.

Según la de 15 de Noviembre de 1907, la institución en favor del pariente más cercano y más jóven de la rama de los padres del testador, no puede afirmarse que recaiga en persona incierta.

La de 8 de Junio del mismo año se refiere á los artículos 750 y 785' núm. 4 º Dispuso una testadora que sus albaceas destinasen 17.500 pesetas para dotar la fundación piadosa que les tenía comunicada, resultando después que no había comunicado á sus albaceas la fundación á que se refería, pero sí á otra persona, que se lo hizo saber á dichos albaceas. ¿Era válida la disposición? ¿Recaía en persona cierta? ¿Contenía instrucciones reservadas, prohibidas en el art. 785? El Tribunal Supremo declara que la disposición es válida y consentida en el art. 671, que no recae en persona incierta, puesto que ha llegado á conocerse y determinarse la fundación á que se refería el testador, aun cuando ese conocimiento resulte adquirido no directamente sino por mediación de tercera persona, y que no contiene instrucciones reservadas nulas con arreglo al núm. 4.º del art. 785, puesto que claramente dispone la testadora que se destinen 17.500 pesetas para dotar determinada fundación, lo cual entra en la esfera del art. 671 y no en la del 785.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 561, y el de 1882, en el 747, establecieron idéntico precepto, y concuerda además el presente artículo con el 834 del Código de Italia, el 1741 del de Portugal, el 747 del de Uruguay, el 1056 del de Chile, el 1113 del de Colombia y algunos otros.

ARTÍCULO 751

La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado.

El precepto de este artículo está conforme con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su constante jurisprudencia, y constituye una regla de interpretación inspirada en la voluntad presunta del testador, pues la razón y la lógica hacen fundadamente suponer que, al procurar éste favorecer á sus parientes, habría de ajustarse más á su intención el que gozasen de sus bienes aquellas personas más ligadas al mismo por los vínculos de la sangre y de la familia.

Annque el artículo no lo dice, desde luego se comprende que la regla consignada en el mismo, sólo puede tener lugar cuando no constare claramente haber sido otra la voluntad del otorgante, pues si dicha voluntad resultare suficientemente esclarecida y comprobada, necesariamente habría de ser cumplida como ley reguladora de la sucesión, aunque no se ajustase á lo ordenado en este artículo,

La razón legal de la preferencia concedida á los parientes más próximos en la regla de hermenéutica contenida en él, es la misma en que se funda el orden establecido para la sucesión abintestato, en las diversas líneas; y para no anticipar ideas que han de tener su lugar adecuado al comentar los capítulos 3.º y 4.º de este título, para dicha ocasión reservamos cuanto acerca de ello debiéramos exponer, limitándonos á las indicaciones ya hechas, á fin de evitar también innecesarias repeticiones.

Pero si bien la razón legal es idéntica en este caso á la que rige el orden de suceder abintestato, no debe entenderse, sin embargo, sometido por ello en un todo el precepto de este artículo á las reglas y normas reguladoras de dicha sucesión.

Algunos, por el contrario, siguiendo al ilustre comentador

del proyecto de Código de 1851, estiman que en esta forma especial de institución el testador quiere atemperarse al orden y á las reglas de la sucesión legítima, y entendiendo que el legislador sanciona esa inteligencia, á pesar de los términos en que se halla concebido el presente artículo, admiten que en el llamamiento genérico de los parientes, á que se refiere esta clase de disposiciones, tiene lugar el derecho de representación, interpretando la institución en el sentido de que los parientes favorecidos por el testador son los llamados por la ley.

La cuestión no es nueva ahora. Ya en el derecho romano, con motivo de la inteligencia de la ley 13, tít. 5.°, libro 20 del Digesto, discutían los intérpretes acerca de ella, y conocida es la opinión de Voet (1), citada por casi todos los autores: *Si quis heredes instituat totam cognanionem suam, non omnes simul promiscue, qui sunt de cognatione sine ulla distintione graduum aut proximitatis, sed potius sucesive, secumdum ordinem dilectionis et successionis ab intestato.*

Los Códigos extranjeros difieren también notablemente en este punto, como veremos más adelante; y al tratarse de codificar nuestro derecho por el proyecto de 1851, después de establecer su art. 562 un principio idéntico al del presente, se declaró por modo expreso y terminante que habría lugar al derecho de representación con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente, que era el consagrado á la sucesión intestada.

Comentando dicho artículo, Goyena dice que debe tener lugar el derecho de representación aun cuando el testador llame á los parientes más cercanos, pues ese derecho debe regir tanto en lo favorable como en lo adverso; y en lo que no se contraríe abiertamente la voluntad del testador, debe observarse el orden de la sucesión legítima al que se presume que en todo lo demás quiso atemperarse.

Pero los términos del precepto de este artículo demuestran que el criterio del Código ha sido muy distinto, pues de lo con-

---

(1) Cuestión núm. 20 y anteriores del título 5.°, libro 28 de dicho Código.

trario, al copiar casi literalmente, como lo ha hecho, la disposición del 562 citado, no hubiera suprimido el último extremo de la misma, cuyo objeto era la declaración expresa del derecho de representación. Esa supresión no puede menos de ser intencional, y revela desde luego que el propósito del legislador fué que en esta clase de llamamientos no se diera el derecho de representación, aunque la razón legal sea la misma en esta forma de institución que en el régimen de la sucesión intestada. Así es que el artículo que comentamos tiene por favorecidos con tal institución no á los parientes de *mejor derecho*, sino á los más *próximos en grado*, y por lo tanto, los de primer grado excluirán á los de segundo y así sucesivamente, sin otra consideración que el número de generaciones que le separen del causante, toda vez que la proximidad del parentesco se aprecia en esta forma con arreglo al art. 915.

También se ha discutido acerca de cuáles sean los parientes á que hace referencia el que examinamos; pero entendemos que las dudas suscitadas acerca de ello carecen por completo de fundamento, pues el artículo habla de parientes en general y sin determinación de ningún género, no estableciendo distinción alguna entre ellos por razón de la naturaleza del vínculo.

Véase en el comentario del art. 8!1, la Resolución de la Dirección general de los Registros de 20 de Marzo de 1905.

No tiene precedentes concretos en nuestras antiguas leyes dicho artículo, y por primera vez encontramos consignado su precepto en el art. 562 del proyecto de Código de 1851. El de 1882 estableció también disposición análoga en su artículo 748.

Ya hemos dicho antes que los Códigos extranjeros difieren notablemente en cuando á la inteligencia de la institución genérica de los parientes. En efecto, el de Prusia, interpretándola en el mismo sentido que el nuestro, en sus arts. 522 al 526 establece que por dichos parientes se entienden simplemente los más próximos. Por el contrario, el 924 del de Holanda dice que la disposición testamentaria á favor de los más próximos pa-

rientes del testador, sin otra designación, se entenderá hecha en provecho de sus herederos llamados por la ley. El 559 del de Austria admite el derecho de representación. El de Chile, en su art. 1064, y el de Colombia, en el 1122, establecen preceptos análogos al que comentamos, pero añadiendo que tendrá lugar el derecho de representación en forma legal, salvo el caso de que cuando se hizo el testamento hubiese uno solo en ese grado, pues entonces serán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato. Los de Méjico y Baja California, en sus arts. 3379 y 3242, respectivamente, expresan que la disposición vaga en favor de parientes del testador, se entenderá hecha según el orden de la sucesión legítima; y en lo esencial concuerdan también con el presente los arts. 748 del Código de Uruguay, el 1742 del de Portugal, el 2161 del de Sajonia, el 878 del de Veracruz y algunos otros

ARTÍCULO 752

No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

ARTÍCULO 753

Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.

ARTÍCULO 754

El testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testa-

mento, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682.

Esta prohibición será aplicable á los testigos del testamento abierto, otorgado con ó sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.

En estos tres artículos se comprenden las incapacidades relativas para suceder *mortis causa*, que, como dijimos al comentar el art. 745, son aquellas que incapacitan ó impiden la sucesión, no en general y en todo caso, sino en cuanto á determinadas herencias.

Tienen, pues, dicha incapacidad todas aquellas personas que estando en la plenitud de sus derechos civiles, pierden su capacidad *per accidens,* por intervenir cerca del testador ó en el testamento con un carácter tal, que las hace incompatibles con la herencia.

Desde antiguo venían consignándose en nuestras leyes preceptos análogos á los de los tres artículos que examinamos.

En cuanto á la primera de dichas incapacidades, ó sea la relativa al sacerdote que hubiere confesado al testador en su última enfermedad, así como la referente á los parientes de dicho confesor y á su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto, los precedentes son repetidos, pues por el auto acordado 3.°, título 10, libro 5.° de la Recopilación, se estableció ya que no podía dejarse como legatario al confesor que lo hubiere sido del testador en su última enfermedad, así como tampoco á sus parientes, su iglesia y su religión. Dicho auto acordado fué hecho extensivo á toda la nación por D. Carlos III, en la Real cédula de 18 de Agosto de 1771, así como en la ley 15, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación; y por Reales cédulas de 13 de Febrero de 1787 y 30 de Mayo de 1830, se amplió á las herencias dicha incapacidad, limitada antes á los legados, y desde entonces viene siendo regla constante de nuestro derecho esa prohi-

bición, cuyo fin, según la Real cédula de 1771, fué evitar que los confesores, aprovechándose de los postrimeros momentos del causante, persuadieran á éste para que en beneficio de su alma les dejase sus bienes haciéndoles olvidarse por completo de su familia, por cuyos individuos habían de sentir en otro caso preferente afecto.

Dedúcese de lo dicho, que si el testemento resultare otorgado antes de la última enfermedad, no existiría en dicho caso la incapacidad, como tampoco puede existir si muere intestado el causante y el confesor fuere heredero legítimo del mismo, pues en ambos supuestos falta el fundamento de la coacción moral en que se apoya.

Es también preciso que el testador muera de aquella enfermedad en que tuvo lugar la confesión, para que sea nula la disposición hecha en las condiciones á que se refiere el primero de los artículos que examinamos. Si no muriese de dicha enfermedad, se hará ineficaz si el testador no la revoca, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Diciembre de 1884.

Finalmente, las disposiciones que establecen dicha incapacidad se refieren á los testadores que se encuentran en peligro de perder su vida, que es cuando el peligro de la sugestión resulta mayor y cuando el confesor puede influir más en el ánimo del causante, viniendo á confirmar la exactitud de esta observación los términos mismos de la ley, la cual no tuvo por objeto limitar la libertad que los testadores tienen para disponer de sus bienes con arreglo á derecho, ni restringe la piedad de éstos con la moderada providencia de la prohibición, como la misma dice, *porque al que le naciere de ella y de devoción podrá hacer dichas disposiciones en todo el discurso de su vida ó si mejorase de la enfermedad.*

Atendiendo al espíritu de precepto del art. 752, el Tribunal Supremo declara incapaz de heredar al confesor del finado, aunque medie tiempo desde la confesión hasta la muerte y ésta ocurra por un accidente repentino, que se ignora si procedía ó

no de dicha enfermedad. En el caso que motivó esta resolución no constaba que la enferma hubiese curado de su enfermedad ni hubiera tenido otro confesor, por lo que el Tribunal Supremo estimó que subsistían al tiempo del fallecimiento las condiciones de sugestión ilegal en que se inspiró el testamento hecho en peligro de muerte, que es la razón que tuvo presente el legislador al dictar el precepto.

Dada la tolerancia de cultos, establecida en nuestra Constitución del Estado, hay que considerar extensiva la incapacidad citada, no sólo á los Sacerdotes católicos, sino á todos los ministros de cualquiera religión positiva, puesto que las circunstancias y la razón legal son las mismas en uno y otro caso. Así lo disponen expresamente algunos Códigos extranjeros, entre ellos el de Méjico en su art. 3434, el de la Baja California en el 3797, el de Chile en el 965, el de la República Argentina en el 3740, el de Veracruz en el 920, el de Portugal en el 1769 y el de Guatemala en el 811, inspirándose en un criterio absolutamente lógico, porque, como ha dicho un autor, no consiste precisamente en la confesión que recibe el Sacerdote católico, el auxilio espiritual que dirige la conciencia del moribundo, sino que cada religión positiva tiene según su ritual medios más ó menos conformes con los principios de la moral universal para encaminar los actos humanos á un fin determinado; y si ciertas prohibiciones se establecen por temor á que el Sacerdote, dirigiendo sus miras más al mundo de lo terreno que al del espíritu y de la conciencia, abuse de su misión, no ha de establecerse una desigualdad absurda en cuanto á dichas prohibiciones entre los ministros de una y otra religión.

Algunos tratadistas, y con ellos varios Códigos, hacen extensiva también la incapacidad indicada á los Médicos, cirujanos, practicantes, y aun á los farmacéuticos que hubieren intervenido en la última enfermedad del testador, lo cual es llevar la previsión hasta un punto extremo exagerado, pues en la mayor parte de esos casos, ó, mejor dicho, en todos ellos, no puede presumirse el temor de la coacción moral, y la ley no

puede inspirar sus preceptos en la mera sospecha ó en la desconfianza infundada. Con la misma razón podría dudarse que hubieran influído en el ánimo del testador las personas que le hubieren acompañado y asistido durante la última enfermedad, y no por eso las declara la ley incapaces para suceder, ni hace ineficaces las disposiciones otorgadas en su favor.

Extienden la incapacidad á los Médicos, cirujanos, etc., entre otros, el art. 909 del Código de Francia, el 3434 del de Méjico, el 1769 del de Portugal, el 920 del de Veracruz, el 965 del de Chile, el 811 del de Guatemala y el 612 de nuestro proyecto de Código de 1851. La misma doctrina establece el art. 909 del Código de Bélgica, si bien con la excepción natural del parentesco del difunto y las disposiciones remuneratorias hechas á título particular en proporción á su fortuna y á los servicios que le hubieren prestado.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 613, y el de 1882, en el 749, proponían preceptos análogos al establecido por el Código en el 752, y concuerdan además con éste el art. 801 del de la República Oriental del Uruguay, el 3739 del de la República Argentina y algunos otros; mereciendo especial mención el 811 del de Guatemala, que establece la probibición aun en el caso del confesor que no lo haya sido en la última enfermedad, ó que sólo hubiese confesado al testador nada más que una vez en su vida, y el 965 del de Chile, que exceptúa de la prohibición la iglesia parroquial del causante.

Respecto de los parientes del confesor, difieren también las legislaciones extranjeras en cuanto al grado ó grados á que ha de alcanzar la incapacidad. El de Guatemala se refiere á los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y á los afines hasta el segundo, á no ser que el pariente del confesor lo fuera también del testador. El de Colombia la extiende sólo hasta el tercer grado, y del mismo modo pudiéramos mencionar algunas otras diferencias, que revelan la falta de un criterio fijo y científico en dicha apreciación.

La incapacidad establecida en el segundo de los artículos

que examinamos respecto del tutor, se funda también en la presunción de que la disposición testamentaria en tales condiciones hecha, puede no ser hija de la expontánea voluntad ó de los afectos personales del testador, sino de la sugestión y del fraude. No obsta á dicha consideración la circunstancia de morir el testador después de la aprobación de las cuentas del tutor y de haber expirado, por lo tanto, la tutela; pues si bien en dicho caso la ejecución de la voluntad testamentaria y la consolidación de los derechos hereditarios establecidos á favor del tutor, han de tener lugar después de extinguidos los vínculos que unieran al pupilo con éste, no puede prescindirse del hecho de haber sido otorgada la institución cuando el otorgante se hallaba sometido al influjo que en él necesariamente había de ejercer el instituído, y partiendo esa disposición de un momento en que el testador pudo ser sugerido por éste, debe ser considerada como nacida bajo un vicio de nulidad, según ha dicho un autor (1), y estimada, por consiguiente, como ineficaz.

Una cuestión se ha suscitado por algunos comentaristas acerca de la inteligencia de dicha incapacidad. Atendiendo más á la letra que al espíritu del párrafo 1.º del art. 752, entienden que no se halla comprendido en la prohibición consignada en él el tutor que hubiere sido nombrado frutos por alimentos. Fúndanse para ello, en que el tutor en tal caso no está obligado á rendir cuenta, y no puede aplicarse á él la disposición del párrafo indicado; pero el error en que incurren es bien notorio, á nuestro juicio, pues el art. 279, de lo único que dispensa al tutor nombrado con la asignación de frutos por alimentos, es de la rendición de las cuentas anuales de su gestión, y no se halla exento de la obligación impuesta por el art. 281, y en su caso por el 280, de dar la cuenta general de su administración al pupilo ó á sus representantes y derechohabientes, ó al que le sucediera si fuere reemplazado por otro.

(1) *Código civil español, comentado y concordado con la legislación foral vigente*, por D. León Bonel; tomo 3.º, pág. 334.

Refiriéndose el art. 753 á la aprobación de las cuentas del tutor como término de la tutela, es indudable que hace relación á la cuenta general y no á las anuales, y por lo tanto, el precepto comprende lo mismo al nombrado frutos por alimentos que al que lo fuere sin esa asignación. Las circunstancias y la razón legal son las mismas en ambos casos, y no hay motivo para establecer la diferencia que se supone.

Al contrario de lo dispuesto respecto de la incapacidad del confesor y de la del notario, de la que más adelante nos ocuparemos, en la del tutor no se extiende la prohibición á los parientes. Algunos comentaristas estiman de difícil justificación esta diferencia de criterio pero el estudio reflexivo, tanto del precepto citado como de las circunstancias distintas que concurren en este caso con relación á los dos anteriores, demuestra y abona suficientemente la razón y el fundamento de la distinción establecida en este punto.

Cierto es que, como dice un autor, la institución hecha á favor de los parientes del tutor puede ser un medio indirecto de favorecer á éste, y de eludir la prohibición de la ley por la intervención de esas personas interpuestas; pero en dicho caso, el precepto aplicable no es el que examinamos, sino el del art. 755, que declara nula toda disposición testamentaria en beneficio de un incapaz, aunque se disfrace dicha disposición bajo la forma de un contrato oneroso, ó se haga á nombre de persona intermedia ó interpuesta. En su virtud, justificado que por sugestión ó sin ella del tutor y para favorecer á éste, se había hecho la institución á nombre de alguno de los parientes del mismo, tendría que ser declarada nula, condenándose al favorecido á devolver los bienes de la herencia ó del legado si le hubiesen sido entregados á la sazón.

La excepción hecha en el párrafo 2.º de dicho artículo en favor de los ascendientes, descendientes, hermanos ó cónyuge del testador, obedece á principios de equidad y de justicia que no pueden ser desconocidos ni negados por nadie, pues alejan todo temor de una maliciosa sugestión, de una parte, los vínculos de

cariño y de familia que uniría á dichas personas con el testador, y de otra, la consideración potísima de que resulta innecesaria la inducción en la mayor parte de los casos, respecto de esas personas que por ministerio de la ley tienen concedida, casi todas, una participación en la herencia testada, y que habrían de sucederle abintestato, si el menor falleciere sin otorgar disposición testamentaria.

Concuerda el precepto indicado con el art. 769 del Código italiano, en un todo idéntico al mismo. También el francés, en su art. 907, contiene igual prescripción, si bien limita la excepción al caso en que el tutor sea ascendiente, puesto que no menciona á los demás parientes á que se refieren nuestro Código y el italiano; encontrándose también concordancias con dicho artículo 753, que establece la incapacidad citada, en el 1767 del Código de Portugal, el 551 del de Holanda, el 1466 de la Luisiana, el 907 del de Bélgica y el 1736 del de la República Argentina.

La incapacidad consignada en el art. 754 respecto del Notario y de los testigos instrumentales, prevalece de antiguo, tanto en el derecho romano como en nuestra legislación, donde se halla confirmada por la ley 11, tít. 1.° de la Partida 6.ª, de cuya ley parecen tomados los preceptos de dicho artículo. La ley del Notariado, en su art. 27, declaró nulo todo instrumento, sin distinción alguna, que contuviera cualquiera disposición á favor del Notario autorizante, determinándose también en el art. 28 que no producirían efecto las hechas á favor de los parientes del Notario dentro del cuarto grado civil de consanguinidad ó segundo de afinidad; y el Código, al establecer dicha incapacidad de acuerdo con la legislación anterior, ha procedido con perfecta lógica, pues hallándose en igualdad de circunstancias que el confesor el Notario y los testigos, debía hacer extensiva á éstos la prohibición acordada respecto de aquél.

El proyecto de 1851, regulando esta causa de incapacidad, en su art. 614 disponía que el favorecido *no podría aprovecharse* de la disposición hecha á su favor, dando así á entender que el único efecto de dicha incapacidad era la pérdida de la herencia

ó del legado. Dicha redacción ha sido modificada por el art. 754 del Código; pero esa modificación no altera considerablemente los efectos del precepto, ni implica la nulidad del testamento, como lo ordenaba el art. 27 de la ley del Notariado, en cuanto á los que contenían alguna disposición favorable al Notario autorizante. Cierto es que será nula, con arreglo al art. 4.º, la institución ó el legado á favor de las personas indicadas, por estar hechos en contra de la ley; pero no estando afectado de nulidad lo demás del testamento, debe subsistir y producir sus naturales efectos. Esta es también la solución más conforme con el artículo 755, en relación con el 743, que no anula todo el testamento, sino únicamente la disposición hecha en beneficio de persona incapaz cuando contuviere alguna de dicha clase.

Por el contrario, el Código del Uruguay en el art. 802, el de la Baja California en el 3299, el de Guatemala en el núm. 6.º de su art. 811, el de Francia en el 975, y el de Portugal en el 1772, declaran nulo el testamento hecho en favor del Notario. Comentando este último Código Díaz Ferreira, justifica la prescripción del art. 1772 y la declaración de nulidad citada, fundándose en que la prohibición de ser heredero ó legatario, establecida para dicho caso, tiene por objeto evitar el fraude é impedir que se hagan testamentos falsos, por lo cual considera en las mismas circunstancias al Notario que al testigo, y al testamento abierto que al cerrado. Pero la generalidad de los tratadistas entienden hoy que el fin perseguido por el legislador con la incapacidad citada es sólo una medida de previsión, para sustraer al testador de las sugestiones posibles; y, por lo tanto, no hay razón para declarar nulo ni ineficaz el resto del testamento, toda vez que no adolece de vicio alguno que lo invalide.

Concuerdan, además, en cuanto al fondo, con la disposición citada del Código, el art. 1119 del de Colombia, el 771 del de Italia, el 1061 del de Chile, el 594 del de Austria, el 991 del de Holanda, el 3436 del de Méjico, el 133 del de Prusia, el 3664 del de la República Argentina, el 901 del de Nápoles, y el 927 del de Veracruz.

Réstanos indicar que los efectos de las incapacidades citadas, respecto de las herencias determinadas á que cada una de ellas se refieren, son los mismos que los de la incapacidad absoluta.

Otras incapacidades relativas existen por disposiciones del Código, no comprendidas en este lugar. En tal caso se encuentra la relativa á los hijos ilegítimos. En efecto, los hijos naturales reconocidos tienen una incapacidad de relación cuantitativa, toda vez que sólo se refieren á la herencia del padre y madre, y en la extensión que establecen los arts. 840 y 841; y en los demás ilegítimos, adulterinos, incestuosos y sacrílegos, desde luego existe la incapacidad de relación respecto de sus progenitores, sin que pueda surgir duda sobre tal incapacidad para ser instituídos en parte alguna de la herencia, pues de hacerse sería nula desde el momento en que se justificase la condición del favorecido, y que en consideración á ella había sido llevada á cabo la institución.

Discuten los autores si los hijos naturales no reconocidos pueden ser instituídos herederos por sus padres en el todo ó parte de la herencia de libre disposición. Unos opinan afirmativamente y otros sostienen la negativa, fundados en el precepto del art. 763, que establece que tal disposición ha de hacerse en favor de persona que tenga capacidad para adquirir; pero el examen de todas estas cuestiones tiene su lugar oportuno más adelante, por lo que prescindimos ahora de su estudio.

Otra incapacidad relativa por incompatibilidad, viene á ser la establecida en el núm. 2.º del art. 50 del Código, que niega todo derecho á los cónyuges que, contra la prohibición del artículo 45, contrajeren matrimonio sin obtener la oportuna licencia, para recibir recíprocamente el uno del otro cosa alguna por testamento.

Para completar en lo posible la materia relativa á la capacidad é incapacidad para suceder *ex testamento* ó *ab intestato*, debemos hacer algunas ligerísimas indicaciones respecto á lo dispuesto acerca de ella en derecho foral.

CATALUÑA.—Pocas diferencias se observan entre el derecho

catalán y el común, en cuanto á la capacidad para suceder *mortis causa.* En él como en el de Castilla, rige el principio de que son capaces para ello todos los que no tienen prohibición por la ley, dividiéndose las incapacidades en absolutas y relativas, y en causas de indignidad.

Entre las absolutas se comprenden las corporaciones ó asociaciones ilícitas, los desterrados ó deportados para siempre, y los condenados por delito de libelo infamatorio. En las relativas se hallan el cónyuge incestuoso y sus hijos, el adúltero y los hijos habidos de esta unión, el confesor en la última enfermedad, y el que hubiese escrito el testamento, á no ser que el testador, expresamente y bajo su firma, declare que él había dictado y mandado escribir el testamento. Y finalmente, son considerados indignos para suceder: el cónyuge culpable de la muerte del otro; el que negare los auxilios necesarios al testador; los que calumniosamente le imputasen un delito grave, acusándole de él; los que no denunciaren á los autores de la muerte violenta de aquél, y los que sin causa justificada rechazaren el cargo de tutor ó guardador.

NAVARRA.—Las causas de incapacidad en dicha legislación son las mismas que admitía el derecho común anterior al Código, y como especialidad de la misma, merece especial mención la incapacidad de los hijos de sacerdotes y el que puedan ser instituídos la mujer del hijo espúreo, el marido de la hija del padre clérigo y también el nieto ó nieta.

ARAGON.—Con arreglo á dicha legislación, son incapaces para ser instituídos herederos: 1.°, el hijo natural si hubiere sucesores legítimos; 2.°, el hijo adulterino y sacrílego; y 3.°, el hijo incestuoso. Por la relación hecha, se ve que todas las incapacidades reconocidas por el derecho aragonés son de las relativas, puesto que se refieren á determinadas herencias y en él no no se habla de incapacidades absolutas.

VIZCAYA.—Nada dispone esta legislación respecto á las causas de incapacidad é indignidad, y por lo tanto, rige en este punto el derecho común.

ARTÍCULO 755

Será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

De nada serviría que la ley consignara la incapacidad para suceder de las personas indicadas en los anteriores artículos de esta sección, ni efecto alguno surtirían las prescripciones de la misma, si á la vez que las causas de incapacidad no estableciera una sanción conveniente que privara de toda eficacia á las disposiciones que, á pesar de dichos preceptos, pudieran ser hechas en oposición á los mismos; y á llenar esa necesidad tiende el presente artículo.

En él, al declarar en general nula toda disposición testamentaria otorgada en favor de un incapaz, se consigna un principio que no necesitaba especial expresión, toda vez que, con arreglo al art. 4.º, sería nula sin necesidad de precepto expreso sobre ello, por ser contraria á derecho la disposición otorgada en dichas condiciones. Pero el objeto del artículo no es consignar esa sola declaración, sino extender la nulidad á aquellos casos en que trate de encubrirse la infracción de la ley con la apariencia de un acto lícito, disfrazando para ello la disposición hecha á favor de la persona incapaz bajo la forma de un contrato oneroso ó valiéndose de persona interpuesta. De esta manera, el legislador ha tratado de impedir que se infrinja la ley, evitando á la vez que se eludan las incapacidades señaladas por la misma; y su precepto nos parece tan lógico y justo, que no puede suscitarse duda alguna acerca de ello. La simulación y el fraude no pueden prosperar jamás frente á la ley, y por eso en todas las legislaciones se encuentra algún precepto análogo.

En el derecho romano tenía sus precedentes este artículo en las leyes 10 y 23 del tít. 9.º, libro 24 del Digesto, de las que fué trasladado su precepto á la ley 13, tít. 7.º de la Partida 6.ª,

siendo aceptado después por el Código, si bien despojándole de la exageración de aquellas legislaciones que adjudicaban al Fisco lo que se dejaba indirecta y fraudulentamente al incapaz.

Puede disfrazarse una herencia ó legado hecho en beneficio de un incapaz, revistiéndole de algún viso de legalidad por alguno de los medios siguientes: 1.°, por interposición de persona capaz, instituyendo á ésta y haciendo un fideicomiso tácito, ó el mero encargo verbal de que el instituído entregue la herencia ó legado al incapaz que se desee favorecer; 2.°, por medio de un contrato simulado; y 3.°, por la simulación de deudas á favor del incapaz. A todos esos casos y á cuantos de esta naturaleza pudieran ocurrir, alcanzan los términos del artículo que examinamos, y, por lo tanto, deben ser declaradas nulas dichas disposiciones.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 614, de acuerdo con algunas legislaciones extranjeras, declaraba que eran personas interpuestas el padre, la madre, los hijos, los descendientes y el cónyuge, pues teniendo en cuenta los vínculos de parentesco que une á éstos con los favorecidos, presumía el legislador que, instituída cualquiera de dichas personas, existía simulación ó fraude. El Código se ha separado de ese sistema, y con razón, porque el parentesco podrá ser un indicio ó un motivo de sospecha, pero no una razón para que necesariamente se presuma el fraude.

El proyecto de 1882, en el art. 753, proponía precepto análogo al presente, y concuerda también éste con el párrafo 1.° del artículo 911 del Código francés, literalmente idéntico, y con el 803 del de Uruguay, el 1023 del de Colombia, el 966 del de Chile, el 958 del de Holanda, el 3741 del de la República Argentina, el 929 del de Veracruz, el 827 del de Nápoles, el 1978 del de Luisiana, el 773 del de Italia, el 911 del de Bélgica y algunos otros, mereciendo especial mención que, tanto el Código de Veracruz como el de la República Argentina, reputan personas interpuestas las mismas á que se refiere el art. 616 de nuestro proyecto de 1851, añadiendo el segundo que el fraude á la

ley puede probarse por toda clase de pruebas, sin duda para que no exista óbice alguno en cuanto tiende al descubrimiento del mismo.

Para mayor y más completo estudio de las cuestiones á que da lugar el precepto de este artículo, puede consultarse á Voet, libro 42, tít. 2.º, núm. 9; á Troplong, sobre el art. 911; á Coin, Delisle, en el mismo artículo; á Vazelle, sobre el 911; á Toullier, tomo 5.º, núm. 84, y á Vélez Sarsfield al tratar del artículo 3741 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 756

Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.

2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho á la legítima.

3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5.º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6.º El que, con amenaza, fraude ó violencia, obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo.

7.º El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterare otro posterior.

ARTÍCULO 757

Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Refiérense estos dos artículos á las limitaciones de la capacidad para suceder, que hemos designado con el nombre de causas de indignidad, ó sean aquellas que impiden entrar en el goce de la herencia á las personas capaces para adquirir *ex testamento* ó *abintestato*, por efecto de la concurrencia de determinadas circunstancias que les hacen indignas para ello.

En todos los casos á que dichas causas se refieren deben perder la herencia por razones de moralidad los instituídos, y este es el fundamento y la razón de la diferencia entre incapacidades é indignidades, pues como dejamos indicado ya anteriormente, se tiene por incapaz al que en manera alguna puede ser heredero, en absoluto ó con relación á alguna herencia determinada, como sucede en las incapacidades relativas; y por indigno, al que teniendo capacidad para serlo, no puede, sin embargo, percibir la herencia por actos propios y personales, que le hacen indigno para suceder al causante.

Distintas han sido las causas de indignidad reconocidas por nuestro derecho, dependiendo su diferencia del diverso criterio en que se ha inspirado la legislación. Del estudio comparativo del art. 756, con la reseña hecha respecto de esta materia en la parte primera de la introducción con que encabezamos el examen del presente título, resulta que el Código ha confirmado muchas de la admitidas por las antiguas leyes, dejando sin efecto algunas otras, de las cuales unas se encuentran comprendidas en preceptos distintos del mismo, y otras han desaparecido por completo por su actual carencia de fundamento ó de aplicación.

Han dejado de ser trasladadas al Código las siguientes: 1.ª, la establecida en la anterior legislación respecto del que re-

cibiere la herencia para entregarla á un incapaz, la cual ha pasado á ser causa de nulidad, como más adelante expondremos; 2.ª, la del que, sabedor de la muerte del testador, abriese el testamento antes de hacer la acusación de los culpables de dicha muerte; 3.ª, la del que impugnase de falso el testamento, y sostuviese su impugnación hasta recaer sentencia, en cuyo caso, según la ley 13, tít. 7.º de la Partida 6.ª, perdía la herencia si se declaraba válido dicho testamento; y la que por el mismo motivo establecía la ley citada respecto del que fuere abogado ó procurador en tal impugnación, á no ser que lo hicieran como guardador de un menor y en pro de éste; 4.ª, la del legatario que fuere designado por guardador de los hijos del testador, y no quisiere desempeñar dicho cargo, en cuyo caso perdía la manda, conforme á la ley 17 del mismo título y Partida; 5.ª, la del que hubiese hurtado el testamento en que se le dejara algo; 6.ª, la impuesta á los herejes, moros ó judíos; 7.ª, la del hijo que abandonase á su padre hallándose éste en demencia, pudiendo atenderle; 8.ª, la del hijo ó heredero que respectivamente no quisieran redimir al padre ó causante que hubiere caído cautivo; 9.ª, la de los hijos sacrílegos; 10, la de los hijos de dañado y punible ayuntamiento; y 11, la de la viuda respecto de la herencia del testador si vivía deshonestamente.

De dichas causas de indignidad, algunas se hallan comprendidas con mayor propiedad y mejor acierto en otros artículos del Código, como dejamos indicado ya. En este caso se encuentra la primera, que según hemos dicho, ha pasado á ser causa de nulidad, pues con arreglo al art. 755, será nula la disposición testamentaria hecha en las condiciones á que la misma se refiere, por resultar otorgada á favor del incapaz á nombre de persona interpuesta, y en ese caso perderá el instituído la herencia, no por causa de indignidad, sino por no producir efecto alguno la institución. También se hallan en dicho caso la 4.ª y alguna otra, y por lo tanto, el hecho de no haber sido incluídas dichas causas de indignidad en el precepto del art 756, no implica que hayan de surtir efecto las disposiciones testamentarias

hechas en las circunstancias á que tales causas se refieren. Otras resultaban de imposible subsistencia en la época presente, y por eso los autores del Código con buen acuerdo prescindieron de ellas; y las restantes, aunque seguían consignadas en la ley, habían desaparecido ya en la práctica por el influjo de las costumbres y el adelanto de las ciencias jurídicas, ó por las nuevas tendencias é ideas religiosas, como sucedía con la establecida respecto de los herejes.

Por el contrario, el Código ha establecido algunas nuevas causas de indignidad que no se hallaban reconocidas en nuestras antiguas leyes, dando con ello inequívocas muestras de los elevados sentimientos de moral universal en que sus autores procuraron inspirar los preceptos del mismo.

La primera de las causas de incapacidad consignada en el primero de los dos artículos que examinamos, se funda en los deberes que la naturaleza y aun la ley imponen á la paternidad, y tiene algunos escasos precedentes en varias leyes de nuestro antiguo derecho, en las cuales se halla diseminada la doctrina que ha sancionado el Código, no existiendo hasta él ningún texto legal que concretamente comprendiese todos los motivos de dicha incapacidad.

La ley 5.ª, tít. 7.º de la Partida 6.ª, admitía, en efecto, la desheredación por causa de honestidad y por el abandono de los locos y desmemoriados. Las leyes 1.ª, tít. 22, libro 4.º del Fuero Real; la 4.ª, tít. 20 de la Partida 4.ª, y la 5.ª, tít. 37, libro 7.º de la Novísima Recopilación, establecieron también la incapacidad de los padres por exponer ó permitir que fueran expuestos sus hijos legítimos, si bien limitando dicha indignidad á la sucesión intestada. Y por último, la ley 12, tít. 16 de la Partida 6.ª, declaraba también indignos de heredar abintestato á la madre y demás parientes del huérfano menor de catorce años que no proveyeran á éste de tutor.

Por la ligera indicación hecha de los precedentes mencionados, desde luego se comprende que el precepto del nuevo cuerpo legal ha venido á precisar con mayor claridad y amplitud este

motivo de pérdida del derecho hereditario, pues de causa de desheredación meramente potestativa, como lo son todas las de esa clase, ha pasado á ser causa de indignidad, que en todo caso priva del derecho á la sucesión, impidiendo entrar en el goce de la herencia; y en vez de limitarse á la sucesión intestada principalmente según la antigua legislación, con justicia y propiedad se hace extensiva á la testamentaria, puesto que en ambas la razón legal del precepto es la misma, y no debe establecerse diferencia alguna.

La segunda de dichas causas de indignidad se funda en una razón de orden moral tan clara y poderosa, que no necesitamos hacer indicación alguna para la justificación de su establecimiento. Tiene sus precedentes en la legislación romana, en las leyes 3.ª, tít. 9.º, libro 34, y en la 7.ª, tít. 20, libro 18, ambos del Digesto; y en nuestro derecho, en las leyes 4.ª, tít. 9.º, libro 3.º del Fuero Real, y en la 7.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª; siendo de advertir que en la legislación romana bastaba que la muerte del testador proviniera por negligencia del heredero, para que éste fuera incapaz para suceder.

En cuanto á la tercera, la falta de respeto y de consideración para con el causante que implica el hecho de la falsa denuncia contra el mismo, justifica sobradamente por sí sola la procedencia de dicha causa de indignidad, y si bien es cierto que su precepto lo han censurado algunos comentadores, no ha sido por el principio en que se funda, sino por estimar que el legislador ha estado demasiado benévolo al limitarla al caso de tener señalada pena aflictiva el delito imputado en la denuncia.

Como la anterior, tuvo también su origen en el derecho romano, pues según las leyes 1.ª y 5.ª, tít. 9.º, libro 34 del Digesto, se incurría en indignidad por la acusación hecha contra el testador después de su muerte; hallándose también precedentes en nuestro derecho, en las leyes 2.ª, tít. 9.º, libro 3.º del Fuero Real, y 11, tít. 7.º de la Partida 6.ª, según la que se daba lugar á ella acusando al padre ó madre por cosa por la cual debiera perder *cuerpo ó miembro, ó ser echado de la tierra.*

También se inspira en principios de estricta justicia y de indudable equidad la cuarta de dichas causas, pues la omisión de la denuncia á que se refiere revela una especie de complicidad moral y una falta tan grande de afecto hacia el causante, que le hace indigno de heredarle. Tiene sus precedentes, en cuanto á la legislación romana, en las leyes 17 y 21 del tít. 9.°, libro 34 del Digesto; y en nuestro derecho, en las leyes 4.ª y 5.ª, título 9.°, libro 3.° del Fuero Real; en las 13 y 15, tít. 7.° de la Partida 6.ª, y en la 11, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación. La excepción consignada en el párrafo 2.° de la misma se encuentra autorizada también por las leyes 2.ª, tít. 1.° de la Partida 7.ª, y 3.ª, 4.ª y 5.ª del título 2.° de la Partida 3.ª, que exceptuaban á los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges del homicida, por prohibirles acusarse unos á otros. Tampoco se consideraba causa de indignidad en nuestro antiguo derecho esa falta de acusación ó querella, cuando no se conocía al matador ó no se hallaba éste en la tierra.

La quinta causa de indignídad castiga no sólo la inmoralidad del adulterio, sino también la ingratitud que revela el que comete tan torpe acción con la mujer del que testó en su favor, abusando de la confianza en él depositada, hallándose en un todo conforme con lo establecido en la ley 13, tít. 7.° de la Partida 6.ª

La causa sexta se ha establecido para conseguir con su sanción que las disposiciones testamentarias sean espontáneas y libres, y debe entenderse en el sentido de que no llegase á ser otorgado el testamento ó á cambiarse el ya otorgado, pues de lo contrario, si á virtud de la amenaza, del dolo ó del fraude empleado, se otorgara el testamento pretendido ó se hiciera la modificación deseada, entonces la disposición aplicable sería el artículo 673, y con arreglo á él habría que considerar nulo el acto, y no dejaría de ser eficaz la institución por indignidad del instituído, sino por nulidad de la misma, toda vez que el otorgamiento hecho en tales condiciones no podría surtir efecto alguno según el artículo citado. Encuéntranse algunos precedentes

de dicha causa de indignidad en varias leyes del tít. 34, libro 6.º del Código Justinianeo, y del tít. 6.º, libro 29 del Digesto, así como en las leyes 3.ª, tít. 9.º, libro 3.º del Fuero Real, y 26, tít. 1.º de la Partida 6.ª

Finalmente, la causa séptima es una aplicación lógica de lo establecido en el art. 674 para los herederos abintestato que con dolo, fraude ó violencia impidieren que la persona de quien fueren sucesores legítimos otorgue libremente su última voluntad. La razón de derecho en uno y otro caso es la misma, y, por lo tanto, de igual modo que en la sucesión intestada, el que se halle en dicho caso debe ser privado del derecho establecido á su favor en el testamento que tratare de hacer valer por los medios que dicho motivo de indignidad expresa. Tiene también sus precedentes en las leyes del tít. 6.º, libro 29 del Digesto, y del título 34, libro 6.º del Código de Justiniano, y en cuanto á nuestro derecho, en las mismas citadas respecto de la causa anterior.

Tan general es esta doctrina, que en todas las legislaciones han sido declarados incapaces para suceder por razón de indignidad todos aquellos que hubieren cometido determinados actos ú omisiones, que la ley ha estimado con motivo suficiente en el orden moral para impedir el goce de la herencia á los que hubieren incurrido en dichas circunstancias; pero el criterio seguido no ha sido unánime en todas ellas, sino que, por el contrario, difieren notablemente en la apreciación de dichos motivos ó causas de indignidad, observándose una grande variedad desde el Código prusiano, que puede decirse no reconoce como tales causas más que el abandono ó la negativa de alimentos respecto de la persona del causante, hasta el nuestro y otros muchos que contienen largo catálogo de ellas.

El Código de Méjico, que es uno de los que se encuentran en este último caso, clasifica las incapacidades por indignidad en distintas clases, en consideración al motivo de que traen origen, y según él, unas provienen de delito, otras de presunción de coartar la libertad del testador ó causante, otras de ser contra-

rias á la verdad del testamento, otras por falta de reciprocidad internacional y otras por causa de utilidad pública, comprendiendo en las primeras las que constituyen causa de indignidad.

El Código italiano, en su art. 725, consigna las incapacidades 2.ª, 3.ª, 6.ª y 7.ª del que examinamos. El de Sajonia, en su artículo 2277, y el de Austria en el 540, declaran unánimemente indignos para suceder: 1.º, al que da muerte premeditada al testador ó causante de la herencia, ó le incapacita para testar; 2.º, al que por violencia ó dolo hace que el testador otorgue testamento ó deje de otorgarlo ó lo varíe; 3.º, al que retiene el testamento escrito ó el documento redactado que contenga la disposición oral del testador, con perjuicio de tercero, y 4.º, al que falsifica el testamento ó lo inutiliza para la prueba. El de Francia, en su art. 727, considera indignos: 1.º, al condenado por asesinato consumado ó intentado del causante; 2.º, al que le acusare calumniosamente por delito de pena capital; y 3.º, al heredero mayor de edad, que enterado de la muerte violenta del causante, no la denunciare, excepto si fuera ascendiente, descendiente, afín en el cuarto grado, cónyuge, hermano, tío ó sobrino del autor de la muerte.

El de Chile, en sus arts. 968 á 972, ambos inclusive, y el de Colombia en el 1025 al 1029, ambos inclusive también, amplían los casos de indignidad, estimando como indignos: 1.º, al que hubiere cometido homicidio en la persona del difunto, ó hubiere intervenido en él por obra ó consejo, ó al que le dejó perecer pudiendo salvarle; 2.º, al que cometiere atentado grave contra la vida, honor ó bienes del difunto, ó de su cónyuge, ó ascendientes y descendientes legítimos, si el atentado se prueba por sentencia firme; 3.º, al consaguíneo hasta el sexto grado, que, pudiendo, no socorriera al causante en estado de demencia ó *destitución*; 4.º, al que por fuerza ó dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto ó le impidió testar; 5.º, al que dolosamente detuviere ú ocultare un testamento del causante, presumiéndose el dolo en este caso por el mero hecho de la detención ú ocultación; 6.º, al varón de mayor edad que no denunciare á

la justicia el homicidio del difunto tan pronto como le hubiese sido posible, excepto si fuere cónyuge, ascendiente ó descendiente del homicida, ó pariente consanguíneo ó afín hasta el tercer grado inclusive; 7.°, al ascendiente ó descendiente del causante impúber que no hubiera pedido el nombramiento de tutor ó curador durante un año *entero*, á menos que le hubiere sido imposible, ó fuere también menor ó sujeto á tutela, curaduría ó potestad marital; 8.°, al tutor ó curador que, nombrado por el testador, se excusare sin causa legítima, y al albacea que sin inconveniente grave se excusare; y 9.°, al que á sabiendas hubiere prometido al difunto hacer pasar sus bienes en todo ó en parte á una persona incapaz, excepto si por temor fuesen inducidos á hacer la promesa.

Otros varios ejemplos podríamos citar, pero bastan los expuestos para que se comprenda la diversidad de criterio que se observa en cuanto á la determinación de los casos ó motivos de indignidad para suceder, así como el acierto con que procedieron los autores del Código al fijar los términos de los preceptos contenidos en el presente artículo, superando con mucho en exactitud y precisión á los Códigos mencionados.

Con ocasión del estudio de este artículo, algunos comentaristas plantean varias cuestiones que entendemos pueden ser fácilmente resueltas con sólo tener en cuenta la naturaleza especial de las limitaciones de la capacidad para suceder, que constituyen las diversas causas de indignidad establecidas por el mismo, ó el recto sentido de los términos en que las mismas se hallan concebidas.

En primer lugar, discuten si por virtud de las causas de indignidad indicadas, queda inhabilitado en absoluto para suceder el que hubiere incurrido en alguna de ellas, cualquiera que sea el causante, ó si, por el contrario, tan sólo le inhabilitan para la sucesión de aquella persona contra la cual se hubiere cometido el acto de origen de la causa de indignidad. Nuestro antiguo derecho no estableció un principio fijo que pudiera servir para resolver en general la duda, puesto que una de dichas causas

únicamente incapacitaba para la sucesión de determinadas personas, y otras, por el contrario, constituían al indigno en totalmente incapaz, como sucedía al hereje, al apóstata, al traidor, al condenado á deportación, etc. Hoy han desaparecido esas causas de indignidad, pero no han cesado las dudas, pues refiriéndose algunas de las causas citadas concretamente al testador, y faltando en otras esa referencia, creen algunos que la ley ha querido con esto distinguir en cuanto á los efectos de las mismas, atribuyendo un carácter relativo á las primeras, limitando la inhabilidad á la sucesión de aquél, y dando á las otras un carácter absoluto.

Entre estas últimas se encuentran las señaladas con los números 1 y 7, y examinando el alcance de las mismas, algunos expositores entienden que la nueva ley ha dado á dichas causas de incapacidad un concepto tan extenso, que no las limita á la sucesión de las personas á que cada una de ellas se refiere, sino á la de cualquiera otra distinta. Pero el error en que se incurre al sostener tal opinión es bien patente, á nuestro juicio, puesto que, según tenemos ya indicado en otra ocasión, la cualidad característica de estas limitaciones de la capacidad para suceder, y lo que las distingue de las incapacidades propiamente dichas, es que se contraen á personas capaces para adquirir por título hereditario, *sólo que por la concurrencia de determinadas circunstancias, no pueden entrar en el goce de una herencia, determinada también, por resultar indignos para ello;* y como esas especiales circunstancias no concurren en todas las sucesiones, sino única y exclusivamente en el caso especial á que se refiere cada una de las expresadas causas de indignidad, es indudable que éstas han de tener un carácter relativo, por no ser apreciable en los demás casos la razón de derecho que determina la inhabilidad.

Lo mismo debemos decir respecto de otra cuestión que se suscita acerca de la inteligencia de la causa señalada con el número 5, relativa al condenado por delito de adulterio cometido con la mujer del testador. Algunos autores opinan que el adúltero está inhabilitado para heredar, no sólo al marido, sino también

á la adúltera. En este sentido resuelve también la cuestión Goyena, aunque sin plantearla, al examinar el núm. 4.° del artículo 617 del proyecto de Código de 1851; pero si bien no dejamos de reconocer la razón de moralidad en que se funda, no participamos de tal opinión, pues la redacción dada á dicha causa de indignidad hace relación únicamente á la herencia del marido, y si el legislador hubiera querido comprender en la inhabilidad ambas sucesiones, hubiera dicho que el condenado por adulterio era incapaz para suceder á su cómplice y al marido ofendido, en vez de haberse redactado el precepto indicado, como lo ha sido, refiriéndose tan sólo al testador. Otra cosa sería establecer una penalidad civil por razón del delito de adulterio, puesto que no existiría ninguna otra razón para dar á esta causa de indignidad un carácter distinto del que es peculiar de las demás, y sabido es que esas penas civiles no pueden sostenerse hoy en las ciencias jurídicas. Por lo tanto, el delito de adulterio, en el caso de penarse, lo será con la pena establecida en el Código penal; pero de ningún modo con una sanción civil que prive al adúltero en absoluto y en todo caso del derecho de suceder *mortis causa*, como nuestras antiguas leyes privaban de la dote á la adúltera en favor del marido ofendido.

Otra de las cuestiones propuestas es si incurrirá en la causa de indignidad 4.ª el que si bien denunció la muerte violenta del testador, omitió expresar en su denuncia quién fuera el asesino, en el caso de saberlo. Nuestro antiguo derecho se inspiraba en el criterio de que no bastaba denunciar el hecho de la muerte violenta, sino que era preciso que el heredero, siendo de edad cumplida y varón, persiguiera en juicio al asesino, si sabía quién era y estaba en la tierra; pero el Código parece referirse exclusivamente á la denuncia de la muerte violenta, y debiendo entenderse su texto en el sentido estricto, no cabe extender la inhabilidad más allá de lo que permite el significado literal de sus términos.

También se ha discutido si los efectos de la indignidad son tales, que alcanzan á los herederos forzosos, haciendo perder su

derecho á la legítima al que incurriera en alguna de las causas de la misma. El Código, sin embargo, no ha atribuído expresamente esos efectos á la indignidad, más que en el caso señalado con el núm. 2, en consideración sin duda á la gravedad de dicha causa; y no habiéndolo hecho extensivo á los restantes, es evidente que respecto de ellos no habrá lugar á dicha sanción, y, por lo tanto, el heredero forzoso que hubiere incurrido en alguna de las causas de indignidad que no sea la 2.ª de este artículo, no perderá por ello sus derechos legitimarios, pero podrán ser causa de desheredación, con arreglo al art. 852 en su caso, á excepción de la 4.ª y 7.ª, y si conservaren su derecho á la legítima, perderán lo demás que por testamento se les hubiere dejado.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 617, y el de 1882 en el 754, proponían preceptos análogos á los contenidos en el presente artículo, y concuerda éste, además de las prescripciones ya expuestas respecto á la legislación comparada, con el artículo 727 del Código de Bélgica, el 885 del de Holanda, el 762 del de Prusia, el 958 al 963 del de Luisiana, el 3291 del de la Baja California, el 1762 del de Portugal y algunos otros.

En el art. 757 se establece el principio de la rehabilitación del indigno, por la remisión presunta ó expresa del testador, y tiene su fundamento la disposición consignada en el mismo, en el respeto que al legislador debe merecer la voluntad del causante, pues con razón se presume que si el testador al tiempo del otorgamiento conocía la concurrencia de la causa de indignidad en la persona favorecida por el mismo, y á pesar de ello llevó á efecto la institución en su favor, lo hizo así por haber perdonado tácita ó implícitamente dicha falta, y con mucha más razón debe ser respetada dicha voluntad cuando el perdón se hiciere expresamente, remitiendo la causa de indignidad en documento público. En ambos casos, remitida la falta que diere lugar á la causa ó causas de indignidad concurrentes en el instituído, es como si éstas no existieran, ó mejor dicho, dejan de existir por haber desaparecido el motivo á que deben su origen,

y lo que en derecho no existe, no puede surtir efecto jurídico alguno. He aquí la razón legal del precepto contenido en el presente artículo.

En nuestro antiguo derecho nada se decía sobre el particular, y el primer precedente que encontramos es el art 619 del proyecto de Código de 1851, sustancialmente conforme con el artículo que examinamos.

Explicando dicho artículo el ilustre comentador del citado proyecto, entiende que, tratándose en rigor de verdad de captar lucro y enriquecerse con los bienes del difunto, parece que no debiera bastar la remisión tácita, sino que ésta, por el contrario, debería constar por la expresa voluntad del testador, mediante un perdón ó un expreso llamamiento posterior, como se establecía en los Códigos napolitano y sardo; y fundado en esta razón, opina que no puede aplicarse á los casos de indignidad la doctrina general sustentada por los autores sobre remisión tácita de las injurias. En el derecho romano tampoco se hallaba previsto el caso, y tanto en dicha legislación como en la nuestra cabía discutir si le era ó no aplicable la doctrina antes indicada, puesto que dentro de los buenos principios jurídicos no podía hacerse extensiva á las causas de indignidad lo establecido respecto de las de desheredación en las leyes del tít. 7.º de la Partida 6.ª

Algunas legislaciones extranjeras iniciaron el principio de la convalidación ó rehabilitación, mediante el perdón ó el llamamiento posterior, é inspirándose en el mismo criterio los auteres de nuestro Código, sancionaron dicha doctrina admitiendo, no sólo la remisión expresa, sino también la tácita, derivada del llamamiento posterior á la incursión en la causa de indignidad.

El perdón del indigno puede ser, por la tanto, expreso y tácito. El primero tiene lugar cuando se otorga en documento público, y el segundo, cuando el testador, conociendo la existencia de la indignidad, prescinde de ella y otorga testamento instituyendo al indigno. Cualquiera otra forma de perdón no produ-

cirá el efecto de convalidar la institución hecha en tales condiciones.

Aunque su letra no lo dice, el espíritu en que se inspira demuestra desde luego, que el precepto de este artículo sólo rige en aquellos casos en que es susceptible de aplicación, y, por lo tanto, si bien se refiere en general á todas las causas de indignidad, al establecer el principio de la convalidación se comprende fácilmente que no puede ser extensiva á la 4.ª, pues como posterior á la muerte del testador, no cabe en lo humano la posibilidad de la remisión de la falta por el difunto.

Ya hemos dicho que el proyecto de Código de 1851, en su artículo 619, proponía un precepto sustancial, y también casi literalmente idéntico. Lo mismo sucedía en el artículo 755 del de 1882, y concuerda además el que examinamos con los artículos 726 del Código de Italia, 973 del de Chile, 540 del de Austria, 969 del de Luisiana, 1782 del de Portugal, 806 del de Uruguay, 3430 y 3431 del de Méjico, 3293 y 3294 del de la Baja California, 932 del de Veracruz y 1030 del de Colombia.

ARTÍCULO 758

Para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.º, 3.º y 5.º del art. 756 se esperará á que se dicte la sentencia firme, y en el núm. 4.º á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución ó legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Como la sucesión no causa efecto alguno hasta la muerte del causante, que es cuando se transmiten los bienes y derechos del mismo á sus sucesores, lógicamente se deduce que dicha época es á lo que hay que atender para calificar la capacidad del heredero ó legatario.

El precepto de este artículo es consecuencia del principio

consignado en el 657, y á fin de evitar innecesarias repeticiones, damos aquí por reproducido cuanto expusimos con relación á este particular al comentar dicho artículo, así como el 666, pues al examinar entonces la época á que había de estarse para juzgar de los efectos de la sucesión y de la capacidad para disponer *mortis causa*, expusimos lo suficiente para la debida justificación del precepto que examinamos y para la recta inteligencia de sus términos.

Lo dispuesto en el párrafo 2.º es una aclaración que no contradice el principio general declarado en el 1.º, y resulta perfectamente lógica, pues mientras no recaiga la sentencia á que se refieren las causas de indignidad señaladas con los números 2, 3 y 5, ó no transcurra el término concedido en la 4.ª, para hacer la denuncia que la misma expresa, no puede existir la falta ó el motivo que da origen á la inhabilidad, y tiene, por lo tanto, que quedar en suspenso el juicio sobre la capacidad ó incapacidad del instituído.

Por la misma razón indicada al principio, si la institución ó el legado fuere condicional, no puede atenderse solamente á la muerte del testador para apreciar si el heredero ó legatario tiene capacidad para suceder, sino también al cumplimiento de la condición impuesta, pues entonces es cuando se consolidan los derechos nacidos de dichas disposiciones y cuando han de surtir su efectos.

El derecho romano exigía además la capacidad al tiempo de otorgarse el testamento (1); pero esta regla sólo tenía lugar en las herencias y legados puros, y no en los condicionales (2). La ley 22, tít. 13 de la Partida 6.ª, siguió el rigorismo romano en cuanto á los herederos voluntarios, pero lo mitigó respecto de los necesarios ó *suyos*, estableciendo que para éstos bastaría que tuviesen capacidad á la muerte del testador, aunque no la tu-

---

(1) V. ley 1.ª, tít. 7.º, libro 34; y leyes 29, 201 y 210, tít. 17, libro 50 del Digesto.
(2) V. párrafo 4.º, tít. 19, libro 2.º de la Instituta.

vieran al hacerse el testamento. Pero como la clasificación de herederos en *suyos*, *necesarios* y *voluntarios* dejó de tener aplicación, quedó reducida la doctrina, según dicha legislación, á exigir únicamente la capacidad al tiempo de la muerte del causante, si se trataba de descendientes ó de legatarios, y si los herederos eran extraños había que atenderse además al tiempo de la institución y al de la aceptación de la herencia.

Esa distinción puramente romana, entre unos y otros herederos, carecía en absoluto de fundamento serio, y por eso el Código, procediendo con gran acierto, ha prescindido de ella, estableciendo una sola regla aplicable á toda clase de instituídos, cualquiera que sea su relación con el causante.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 620, y el de 1882 en el 757, proponían preceptos análogos, aunque sin ocuparse de la cuestión objeto del párrafo 2.° del artículo que examinamos; y concuerda además éste con el 545 del Código de Austria, el 962 del de Chile, el 994 del de Luisiana, el 807 del de Uruguay, el 918 y 933 del de Veracruz, el 3311 del de la Baja California, el 3448 del de Méjico, el 718 de los de Francia y Bélgica, y algunos otros.

ARTICULO 759

El heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos.

El principio sancionado por este artículo ha sido objeto de larga discusión y controversia por parte de los tratadistas y expositores, como más adelante veremos. Su precepto es consecuencia lógica y necesaria de lo ordenado en alguno de los artículos anteriores, especialmente en el 758. Con arreglo á este artículo, para adquirir por título hereditario, se necesita tener capacidad en el momento del fallecimiento del causante; luego el que premuere al testador, sea pura ó condicional la institución, y háyase cumplido ó no la condición en este último caso, es indudable

que no puede adquirir derecho alguno, por no existir al tiempo en que ha de transmitirse la sucesión del causante, según el artículo 657, toda vez que lo que no existe no puede tener capacidad alguna.

Si la institución ó el legado fuere condicional, dice en su último párrafo el mismo art. 758, habrá que atender para calificar la capacidad de heredero ó legatario, no sólo al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, sino además al en que se cumpla la condición, pues, como tenemos ya indicado, en esa ocasión es cuando se consolidan los derechos nacidos de la disposición condicional. Es decir, que en estos casos es preciso que el favorecido por la institución ó el legado tenga capacidad en los dos momentos mencionados; luego el que sobrevive al testador, y es capaz, si al cumplirse la condición no tiene capacidad, nada adquiere, ni nada puede transmitir á su herederos. Si en el momento de la muerte del testador era incapaz de heredar, nada importa que sobreviva, y aunque después recobre la capacidad y se cumpla la condición, la consecuencia es la misma; nada adquirió, ni nada pudo transmitir La incapacidad, á este efecto, equivale á la muerte. Si al fallecer el testador falta en el heredero voluntario la vida, ó falta la capacidad, no hay transmisión. Este creemos ser el verdadero alcance del art. 759, para que pueda armonizarse con lo dispuesto en los arts. 766, 799 y 912, como explicaremos en el comentario de este último.

Así se explica que el artículo que examinamos hable, en general, de condiciones, mientras que el 799 se refiere precisa y determinadamente á las condiciones suspensivas. En efecto, sea suspensiva ó resolutoria la condición, positiva ó negativa, posible ó imposible, el heredero incapaz de heredar en el momento de la muerte del testador, nada adquiere, y nada transmite á sus sucesores, recobre ó no después la capacidad, cúmplase ó no después la condición. Que el art. 759 se refiere á un heredero incapaz, aunque no lo expresa como debiera, lo comprueban los artículos siguientes, todos los cuales siguen ocupándose determinadamente de los efectos de la incapacidad.

No desconocemos que la interpretación dada al art. 759 se presta á serias objeciones. En primer lugar, se dirá, resulta que así entendido ese artículo, añade bien poco á lo preceptuado en el último párrafo del 758; en segundo lugar, las frases «aunque sobreviva al testador», parecen supérfluas, por ser en todo caso indiferente que sobreviva ó no el heredero instituído. Pero aparte de que podía quedar duda sobre el alcance del precepto del art. 758, precisamente la cuestión sólo podía presentarse en el caso de sobrevivir el heredero al testador, pues muriendo antes, el art. 766 no da lugar á duda de ninguna clase. Además, se trata de un artículo que no puede ser interpretado aisladamente, porque, sea por defecto de redacción, ó por sobra ó por omisión de algo importante, es lo cierto que entre él y el 799, tal como ambos aparecen escritos, existe realmente verdadera contradicción; contradicción que es preciso salvar, y que debe salvarse, armonizándolos con otros preceptos del Código, admitiendo, en suma, la doctrina que parece más justa y más racional, como veremos en el comentario del art. 912.

Sea la que fuera la inteligencia que merezca el art. 759, no puede fundadamente sostenerse que su doctrina se halle restringida por la disposición del art. 761. La excepción de este artículo á los efectos de la incapacidad, se refiere exclusivamente á la legítima de los hijos y descendientes. La legítima no admite condición de ninguna clase (art. 813); luego respecto á la legítima, no cabe nunca la institución *condicional*, y sólo de ésta se ocupa el art. 759. La cuestión es clarísima.

Sin embargo, no debe entenderse éste tan en absoluto que haya de considerarse el mismo, extensivo á todas las condiciones, cualquiera que sea su clase y aplicable en todo caso, pues por el contrario, tiene que estimársele subordinado á las reglas que más adelante expondremos, acerca de los efectos de las condiciones que con arreglo á la ley pueden ser impuestas al heredero ó legatario, y además, la generalidad de sus términos se halla también restringida por la disposición del art. 761, que en cierto modo viene á constituir una excepción del presente, al or-

denar que si fuere hijo ó descendiente del testador el excluído de la herencia por incapacidad y tuviere á su vez hijos ó descendientes, éstos adquirirán su derecho á la legítima, si bien no tendrá aquél el usufructo ni la administración de los bienes que por esta causa heredaren sus hijos.

Como dicho art. 761 no limita su precepto á la exclusión de la herencia por determinada causa de incapacidad, sino que se refiere á todas, por lo mismo que no establece excepción alguna, es evidente que, entre los casos á que se contrae, se halla comprendido el del heredero ó legatario condicional que no ha llegado á completar su capacidad, por no tenerla en el segundo de los tiempos á que ha de atenderse en dicha clase de disposiciones, según el párrafo último del art. 758, y contra lo establecido en el artículo que examinamos, el resultado será que los herederos del instituído recibirán cierta parte de la herencia del causante, si fueran hijos á descendientes del favorecido, y éste á su vez lo fuera del testador.

Este resultado no altera la eficacia y virtualidad de la declaración consignada en el presente artículo, pues lo que éste impide es que el instituído transmita á sus herederos derecho alguno si fallece antes de ser cumplida la condición impuesta por el testador, y en el caso del 761, los hijos y descendientes del llamado al goce de la herencia ó del legado no adquieren nada por transmisión de éste, sino por propio derecho.

Hemos dicho antes que el precepto del artículo que examinamos hay que estimarlo subordinado también á las disposiciones relativas á los efectos de las condiciones que pueden imponerse al heredero ó legatario, y la demostración de este aserto es bien fácil y sencilla. En toda institución ó legado condicional, la condición ó las condiciones impuestas al favorecido pueden ser unas resolutorias, y suspensivas otras. Las resolutorias no alteran los términos de la regla general fijada en el art. 758, puesto que de dicha condición no depende el nacimiento ni la efectividad del derecho hereditario. Su único efecto es resolver ó extinguir dicho derecho, y, por lo tanto, si el heredero ó legatario sujeto

á una condición de esta clase sobrevive al testador y tiene capacidad para suceder, adquiere en el acto del fallecimiento de éste la herencia y el legado, y puede transmitir á sus herederos su derecho, aunque con las limitaciones propias de dicha condición, si muriese antes del cumplimiento de ésta. En otro caso su derecho cesaría al cumplirse la condición y nada podría transmitir á sus herederos.

Por el contrario, en las condiciones suspensivas su cumplimiento determina la consolidación y efectividad de los derechos nacidos de la institución condicional. Hasta entonces los bienes de la herencia, ó la parte de ella afecta á una condición de esa clase, habrán de ser puestos en administración, con arreglo á lo ordenado en el art. 801, y como nada adquiere el heredero ó legatario que fallece antes de ser cumplida la condición. fácilmente se comprende que éste nada puede transmitir á sus herederos.

Pero aun hay más. Como en su oportunidad veremos, existen algunas condiciones que, aun cuando fueren consignadas por el testador, se han de tener por no puestas, y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aunque otra cosa disponga el testador. En este caso se encuentran las condiciones imposibles, las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres y algunas otras (1); y no pudiendo éstas surtir efecto alguno, toda vez que han de ser consideradas como no puestas, es indudable que la existencia ó imposición de las mismas no debe impedir la adquisición del derecho hereditario por el instituído y la transmisión á sus herederos, aun en el caso de fallecer éste sin que se cumplan dichas condiciones.

La breve exposición hecha demuestra claramente que el precepto del artículo que examinamos no debe ser entendido en un sentido absoluto ó sin limitación de ningún género, y revela además el carácter y alcance de su disposición, la cual no es

---

(1) Véase, como ampliación de lo expuesto, el comentario de los artículos 792, 793 y 794.

otra cosa, en resumen, que una excepción de la regla consignada en el art. 758, cuya excepción tiene lugar tan sólo en aquellas disposiciones condicionales afectas á una condición eficaz que impida la adquisición de la herencia ó del legado por el favorecido mientras no se cumpla la condición impuesta.

Determinada así la verdadera inteligencia del presente artículo, procede examinar, con arreglo á dicho criterio, algunas de las cuestiones que los tratadistas y comentadores suscitan con ocasión del estudio del mismo.

Algunos han censurado que el Código se haya separado en este punto de la doctrina establecida respecto de las obligaciones condicionales, á las cuales equiparan las instituciones y legados condicionales, pero se aprecia fácilmente la equivocación en que se incurre con sólo tener en cuenta las notables diferencias que existen entre dichas obligaciones y las disposiciones de última voluntad.

En efecto, en las primeras, el que las contrae lo hace para sí y para sus herederos, y además existe tal relación jurídica entre la persona obligada y aquella en cuyo favor se constituye la obligación, que respecto de ambas nacen derechos y obligaciones recíprocos, mientras que en las últimas voluntades el que las otorga no adquiere nada para sí, ni aun en las disposiciones condicionales, toda vez que el testamento no ha de surtir efecto alguno hasta la muerte del testador; y según dice Goyena, comentando el art. 723 del proyecto de 1851, siempre se determina éste por el cariño ó consideraciones personales del heredero ó legatario. Por el contrario, como en las obligaciones los que las contraen lo hacen para sí y para sus sucesores, desde luego se comprende que el acreedor en ellas, muerto antes de cumplirse la condición impuesta, transmita á sus herederos los derechos nacidos del pacto ó del hecho origen de la obligación. He aquí explicada la razón legal de la distinta ordenación de la ley en uno y otro caso.

Se ha censurado también el precepto del artículo que examinamos, suponiendo que se halla en contradicción con el 799, el

cual dispone que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus sucesores, aun antes de que se verifique su cumplimiento. Pero al estudiar dicho artículo demostraremos plenamente que no sólo se armonizan ambos, sino que además son perfectamente lógicas dichas disposiciones en aquellos casos en consideración á los que han sido dictadas y se ajustan también á los principios que informa el Código. Por ahora, y para no duplicar esa demostración, nos remitimos al comentario de dicho artículo, que es el lugar más adecuado para el examen de la cuestión.

Según la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1888, 22 de Marzo de 1890, 24 de Julio de 1896 y 9 de Marzo de 1899, y la resolución de la Dirección general de los Registros de 5 de Enero de 1902, las instituciones de heredero á día cierto, ó que indudablemente ha de venir, aunque se ignore cuándo, como el fallecimiento de una persona, no son verdaderas instituciones condicionales ni se rigen, por tanto, por el precepto del art. 799, y crean derechos transmisibles á los herederos de los instituídos, desde el fallecimiento de los testadores.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1905, aunque se refiere á los arts. 759 y 799, no contiene declaración de interés respecto á dichos artículos, pues se limita á expresar que en el caso que la motivó se trataba de una institución pura y no condicional.

Algo análogo puede decirse respecto á la de 11 de Abril del mismo año 1905. Declara ésta que la disposición por la que el testador nombra heredera usufructuaria á su sobrina, mandando que á su fallecimiento pasen los bienes en pleno dominio á los hijos de ella, *si llega á tenerlos*, y en caso contrario á otras personas, ni entraña sustitución vulgar alguna por no caber dentro de la fórmula propia de tales sustituciones, ni en lo preceptuado en el art. 774, ni envuelve, por otra parte, condición suspensiva respecto á las personas en último término designadas, sino verdadera condición resolutoria que confiere desde luego á

esas personas la nuda propiedad desde el fallecimiento del testador, sin perjuicio de la extinción de su derecho en el caso de morir la usufructuaria con descendientes.

En la legislación romana tuvo sus precedentes la disposición consignada en el presente artículo, especialmente en la ley única, tít. 51, libro 6.° del Código Justinianeo, y en las leyes 4.ª y 5.ª, tít. 2.°, libro 36 del Digesto, cuyas prescripciones fueron reproducidas en las leyes 34 y 35, tít. 9.° de la Partida 6.ª

El proyecto de Código de 1851, en el último párrafo del artículo 620 y en el 723, y el de 1882 en el 758, propusieron preceptos análogos al que es objeto de este comentario, y concuerda además el mismo con el art. 831 del Código de Guatemala, el 807 del de Uruguay, que es enteramente igual al nuestro en este punto, el 1078 del de Chile, el 1778 del de Portugal, en su última parte, el 1136 del de Colombia, el 994 del de Luisiana, el 3449 y 3450 del de Méjico, el 3312 y 3313 del de la Baja California y algunos otros, entre los que merecen particular mención, por la especialidad de sus disposiciones, los artículos 1040 y 1041 del Código francés, en los cuales se establece la doctrina de que toda disposición testamentaria hecha bájo condición dependiente de un suceso incierto y que no deba cumplirse, sino en cuanto éste suceda ó no, caducará si el heredero ó legatario muere antes de su cumplimiento; pero si sólo tiende á suspender la ejecución de la disposición, no impide el derecho del heredero ó legatario, y lo trasmitirá á sus herederos.

ARTÍCULO 760

El incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

Es tan lógico y justo el precepto contenido en este artículo, y son sus términos tan claros y precisos, que en realidad no necesita comentario alguno,

Si la ley no ordenara en este caso la restitución de los bienes hereditarios con sus accesiones, frutos y rentas, se favorecería la usurpación y quedarían conculcados, á más de la moral, preceptos terminantes del Código, pues, con arreglo al art. 4.º del mismo, el acto de la posesión de dichos bienes resultaría nulo como contrario á derecho, y lo que es nulo no puede producir efecto jurídico alguno.

Basta esta indicación para dejar suficientemente justificada la disposición del artículo, el cual se halla conforme con el 353 y el 354, que determinan el derecho del propietario á los frutos y accesiones de los bienes de su pertenencia, y especialmente con el 455, que impone el abono de los frutos percibidos por el poseedor de mala fe, que es el concepto que legalmente merece el incapaz que contra la prohibición de la ley entra en el goce y posesión de la herencia.

En nuestro antiguo derecho la doctrina corriente era que el incapaz ó el indigno perdía todo derecho á la herencia; pero el poseedor de ésta, en cuya posesión hubiera entrado á pesar de su incapacidad, quedaba sujeto á las consecuencias de la buena ó mala fe con que hubiera procedido, siendo distintas las consecuencias y las responsabilidades en uno y otro caso; pero el Código francés, y con él casi todas las legislaciones modernas, se separaron de dicho criterio, sustituyendo la distinción indicada, de la buena ó mala fe del incapaz con la regla única, adoptada también por nuestro Código, de que en todo caso el excluído de la sucesión por indigno está obligado á la restitución indicada, pues siempre se reputa que obró de mala fe por no poder ignorar el obstáculo que á su capacidad oponía la indignidad, ó, mejor dicho, su inhabilidad ó falta de capacidad determinada por dicha causa. De esta misma opinión es Laurent, el cual entiende que en todo caso el indigno es reputado como un poseedor sin título y sin buena fe.

A pesar de la lógica que inspira la solución aceptada, se han promovido diversas cuestiones relacionadas con la interpretación de ese precepto.

En primer lugar, se ha discutido si los frutos que ha de abonar el incapaz son los debidos producir ó sólo los percibidos. Esta cuestión tiene grande interés cuando los bienes de la herencia permanecen improductivos ó sin empleo, por no aplicarlos el heredero á su destino, y ha sido diversamente apreciada por los tratadistas.

Laurent, considerando que el indigno es siempre un poseedor de mala fe, según hemos dicho ya, entiende que viene obligado á reparar el perjuicio producido por impedir al legítimo heredero el aprovechamiento y empleo de dichos bienes, y en tal concepto dice que debe restituir, no los frutos percibidos, sino los que hubieran podido producir tales bienes. Otros, como Aubry y Rau, sostienen que, mientras no se pruebe la mala fe, no hay principio en virtud del cual puedan pedirse esos frutos, debiendo limitarse la restitución puramente á los percibidos; y, por último, Demante y algunos otros creen que sólo podrán exigirse intereses ó frutos desde la contestación á la demanda.

Para nosotros, esta cuestión se halla resuelta por los mismos términos del Código en el artículo que examinamos, toda vez que en él se dice que los frutos y rentas con que han de restituirse los bienes hereditarios, son los que el incapaz haya percibido, y sólo en el caso de que se justifique haber mediado notoria mala fe, responderá de los podidos producir, pero no por la sanción de este precepto, sino por la regla general establecida en el art. 455, la cual no excluye al heredero incapaz.

Puede ocurrir también que hayan sufrido deterioros los bienes de la herencia desde que el incapaz entró indebidamente en posesión de ella hasta la restitución; y partiendo de esta hipótesis, disienten los autores acerca de si debe ó no responder de ellos en todo caso dicho heredero. Algunos sostienen la afirmativa considerando siempre al incapaz como un poseedor de mala fe, según dice Laurent; otros entienden aventurada esa doctrina mientras no exista en la ley un precepto que terminantemente establezca la presunción de mala fe, respecto del incapaz que contra la prohibición de la ley se posesionó de los bienes here-

ditarios, y algunos estiman más conforme con el texto legal considerar al incapaz en dicho caso como un poseedor *sui generis*, cuyas responsabilidades no son las del poseedor de buena ó de mala fe, sino las determinadas especialmente en este artículo, que para nada habla de deterioros, y que, según dicen, no corresponden exactamente ni á las señaladas en el art. 451, ni á las enumeradas en el 455 y en el 457.

A nuestro juicio, carecen de fundamento las dudas suscitadas, y tiene perfecta aplicación á este caso el citado art. 457. En efecto, el precepto consignado en el que motiva este comentario no tiene por objeto la determinación de todas las responsabilidades que pueden correr á cargo del heredero incapaz, con motivo de la restitución de los bienes hereditarios de que indebidamente hubiere entrado en posesión, ni menos constituye al incapaz en un poseedor *sui generis*, como algunos suponen. Ni este fué el propósito del legislador, ni menos podía serlo, toda vez que no existe una razón legal que justifique dicha especialidad. Si esa hubiera sido la intención de la ley, habríalo expresado así, ampliando los términos de dicho precepto en el sentido que exigen la equidad y la justicia, pues no es justo ni aun equitativo que la persona á quien hayan de pasar los bienes por virtud de la restitución, tenga que recibirlos con el deterioro y sin la debida reparación, en el caso de haber procedido con mala fe ó dolo el incapaz, ni hay tampoco razón alguna de derecho que autorice el que se excluya á éste de las responsabilidades impuestas por el artículo 457 á todos los poseedores de buena ó de mala fe, ó se limiten todas sus responsabilidades, en caso de restitución, á las determinadas en el presente, como si el título hereditario, por cuyo concepto indebidamente poseyera, pudiese hacerle de condición distinta á la de los demás poseedores.

Por el contrario, el artículo que examinamos estableció un principio general en cuanto á las consecuencias de la restitución que debe llevar á efecto todo heredero incapaz, que contra la prohibición de la ley hubiere entrado en posesión de la herencia: principio que es común á todo el que se encuentre en dicho caso,

con independencía de las condiciones y circunstancias en que hubiere procedido dicho heredero, y que se halla, por lo tanto, establecido, prescindiendo de si obró con buena ó mala fe. Su precepto, pues, no tiene otro alcance que imponer al incapaz la obligación de restituir no sólo los bienes hereditarios, sino también las anexiones que éstos hubieran experimentado y los frutos percibidos desde que entró en posesión de ellos. Si hubo buena ó mala fe, si hubo ó no deterioros ó pérdidas, no alcanzando á estas cuestiones las prescripciones de dicho artículo, y no habiendo disposición especial respecto de ellas, habrá de estarse á las reglas generales; y conforme al art. 457, cuando poseyó de buena fe el heredero incapaz, sólo responderá del deterioro ó pérdida de los bienes poseídos, si se justificare haber procedido con dolo; y por el contrario, cuando hubiere obrado con mala fe, contraerá dicha responsabilidad en todo caso, y aun responderá del deterioro ó pérdida ocasionados por fuerza mayor, si maliciosamente hubiere retrasado la entrega al poseedor legítimo.

Otra de las cuestiones suscitadas, se refiere á si es válida ó no la venta hecha por el heredero incapaz de los bienes de que hubiere entrado en posesión contra la prohibición de la ley.

Según Duranton, la enajenación en dicho caso será válida si el tercero que adquirió los bienes procedió de buena fe: Laurent, por el contrario, entiende que la validez del acto no puede estar sujeta á la buena ó mala fe del comprador, y estima que en todo caso es nula la venta hecha por el indigno, pues jamás puede ser tenido por dueño, y carece, por lo tanto, de derecho para disponer de dichos bienes: Chabot, por su parte, opina que para decidir con acierto dicha cuestión, hay que distinguir si la enajenación tuvo efecto por actos onerosos ó gratuitos, considerándola eficaz en el primero de dichos casos é ineficaz en el segundo: á su vez Demolombe distingue también entre actos *necesarios* y *voluntarios*, reputando válidos aquéllos y nulos éstos. Pero recta y atentamente examinadas dichas opiniones, se observa que ninguna de ellas tiene base legal, pues ni la buena ó mala

fe del adquirente, ni la naturaleza del título de adquisición, ni la condición del acto realizado, pueden influir de tal modo en la enajenación llevada á cabo, que de ese sólo elemento haya de depender la resolución que se adopte.

Otra es, en nuestro concepto, la razón legal en este caso. En efecto, el heredero incapaz no es propiamente heredero, porque la ley le veda que lo sea, y si, á pesar de su prohibición, entra en el goce de la herencia y dispone de los bienes pertenecientes á ella, esos actos son nulos, con arreglo al art. 4.º, y como tales no pueden surtir efecto alguno jurídico, salvo lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Otras varias cuestiones pudiéramos citar, que suelen plantear también los tratadistas y comentadores al examinar el precepto del artículo que comentamos; pero á más de que no tienen la importancia que las anteriores, su resolución es fácil, con arreglo á las indicaciones que dejamos hechas respecto de las precedentes, y por eso prescindimos de su exposición.

Tiene sus precedentes este artículo en la legislación romana (1), y de ella pasó á nuestro derecho (2). El proyecto de Código de 1851, en su art. 622, y el de 1882, en el 759, propusieron preceptos análogos, y concuerda además con el 727 del Código de Italia, el 729 de los de Francia y Bélgica, el 974 del de Chile, el 886 del de Holanda, el 963 del de Luisiana, el 3452 del de Méjico, el 809 del de Uruguay, el 3315 del de la Baja California, el 3305 del de la República Argentina y el 1031 del de Colombia.

ARTÍCULO 761

Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

---

(1) V. ley 17, tít. 9.º, libro 34 del Digesto, y ley 1.ª, tít. 35, libro del Código de Justiniano.

(2) V. leyes 26 y 27, tít. 1.º; 17, tít. 7.º, y 4.ª, tít. 14, todas de la Partida 6.ª

El excluído no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

No existen precedentes en nuestra antigua legislación. Por el contrario, de acuerdo con las leyes romanas, el anterior derecho venía á hacer extensiva á los hijos la indignidad ó incapacidad del padre, pues en ningún caso admitía la representación de una persona viva, y los bienes dejados al incapaz ó al indigno no podían ser reclamados por sus hijos.

Muchas legislaciones admitieron el mismo principio; pero en vista de las reclamaciones deducidas contra esa doctrina, que hacía responsables á los hijos de las faltas de sus padres, el Código francés reparó, en parte, la injusticia que resultaba del rigorismo de aquel principio, llamando á la sucesión á los hijos del incapaz ó indigno, si bien únicamente en el caso de que tuvieran derecho á la herencia directamente por sí, sin necesidad del derecho de representación; y ampliando los términos de dicha concesión, nuestro Código admite á la herencia á los hijos y descendientes del incapaz, concediéndoles derecho á la legítima aun sin la transmisión que por conducto de sus padres se había de operar cuando éstos no fueran incapaces. De esta manera se ha conseguido borrar la injusticia antes indicada, haciendo que la incapacidad para suceder sólo perjudique al incapaz y no trascienda á los hijos ó descendientes de éste.

Desde luego se comprende que la legítima á que se les reconoce con derecho á dichos hijos y descendientes, es la que correspondía al excluído.

Algunos Códigos, como el de la República Oriental del Uruguay (1) y el de Veracruz (2), amparan de tal modo este derecho, que expresamente lo reconocen á favor de los hijos y descendientes del excluido, *aun en el caso de haber otros herederos testamentarios:* por el contrario, otros, como el de Chile (3) y el de

(1) V. artículo 810.
(2) V. artículo 936.
(3) V artículos 976 y 977.

Colombia (1), le restringen, exigiendo el transcurso de diez años para que por medio de la posesión desaparezca el vicio de indignidad ó incapacidad de su causante.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 623, decía, que los hijos y descendientes citados tendrían derecho á la legítima del excluído, *en el caso de haber otros herederos testamentarios, imponiendo,* al parecer, la necesidad de esa concurrencia como razón legal de la limitación de sus derechos á la legítima indicada; de lo cual han deducido algunos, que en el caso de no concurrir herederos testamentarios ó de no haber testamento, no tendrían que limitar á la legítima su derecho.

Explicando Goyena los términos indicados, dice á este efecto que, como la incapacidad ó indignidad tiene también lugar en las herencias sin testamento (y lo mismo puede decirse del caso en que no existan herederos testamentarios capaces, si el testador no invirtió toda su herencia en legados), los hijos del incapaz ó indigno sucederán en ellas por las reglas generales del título siguiente (ó sean las de la sucesión intestada), sin atenerse á la rigurosa legítima, pues que no les obsta la expresa voluntad del testador, añadiendo al comentar el art. 743 de dicho proyecto, que la ley que excluye al indigno ó incapaz no llena enteramente su equitativo objeto si no concede á los hijos y descendientes del mismo el derecho de representación con arreglo á los artículos 755 y 763, es decir, en toda su integridad.

Pero los autores del Código, al redactar el artículo que comentamos, suprimieron los términos indicados del 623 de dicho proyecto, para evitar las confusiones á que daban lugar, y por lo tanto, haya ó no otros herederos testamentarios, sólo tendrán derecho á la legítima los hijos y descendientes del excluído, á que se refiere el artículo objeto de este comentario.

El proyecto de 1882, en su art. 760, proponía preceptos casi idénticos á los que han sido aceptados por el Código en el presente artículo, y concuerda además éste con el 730 de los Códigos

---

(1) V. artículos 1033 y siguientes.

de Francia y Bélgica, el 728 del de Italia, el 887 del de Holanda, el 976 del de Chile, el 967 del de la Luisiana, el 3454 del de Méjico, el 3317 del de la Baja California, el 810 del de la República Oriental del Uruguay, el 936 del de Veracruz y el 3301 del de la República Argentina, en el que expresamente se declara que *los hijos del indigno vienen á la sucesión por derecho propio y sin auxilio de la representación.*

ARTÍCULO 762

No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

A pesar de la claridad y precisión de los términos de este artículo, son muchas las dudas y cuestiones que se han suscitado entre los tratadistas y comentadores sobre la inteligencia y alcance de su precepto.

Unos opinan que el único objeto de la disposición contenida en el mismo se reduce á la fijación de una regla de prescripción *extintiva*, sin precedentes en nuestro antiguo derecho, que limita al término de cinco años el ejercicio de la acción que corresponde á todos los interesados en la herencia, para solicitar la declaración de incapacidad del instituído en quien concurra alguna de las causas consignadas en los artículos 745, 752, 753, 754 y 756. Otros, por el contrario, entienden que, consistiendo la incapacidad en la ausencia de una cualidad requerida para suceder, tiene que existir de pleno derecho por ministerio de la ley sin necesidad de previa declaración por parte de los Tribunales; por lo que no hay motivo ni razón jurídica alguna para el establecimiento de una acción especial destinada á reclamar dicha incapacidad, ni para la determinación, por lo tanto, del plazo concedido para su ejercicio.

Los que sostienen la primera de dichas opiniones estiman innecesario este precepto, puesto que, como regla de prescripción *extintiva*, debía tener su lugar en el art. 1966; y á su vez, los

partidarios de la segunda consideran que huelga también la declaración contenida en el mismo, por la razón ya indicada de no ser necesaria, por no depender la incapacidad del fallo de los tribunales sino de las prescripciones del legislador, debiendo subsistir en todo tiempo y en todo caso por disposición de la ley y por fuerza de la misma, siempre que concurra alguna de las circunstancias que dan lugar á ella.

Cualquiera que sea el valor y la pertinencia de los fundamentos en que se apoyan los mantenedores de tales opiniones, parécenos que carecen de interés y de importancia las cuestiones que promueven, especialmente la suscitada por los segundos.

En efecto, á pesar de la disposición terminante de la ley declarando las incapacidades é indignidades, puede darse fácilmente el caso de que, por desconocer el testador la existencia de la incapacidad, instituya por heredero ó legatario al incapaz ó indigno, ó que, á pesar de la prohibición citada, entre éste en posesión de los bienes dejados al mismo. Y para impedir en el primer caso que la institución hecha surta efecto, ó para conseguir en el segundo que sea restituída la herencia ó el legado en los términos prevenidos en el art. 760, cuando privadamente no se obtuviere dicho resultado, se impone desde luego la necesidad de acudir á los tribunales de justicia como amparadores del derecho, ejercitando las acciones correspondientes, para que por los mismos se hagan las declaraciones procedentes y precisas á dicho fin. Pero no son estos los únicos casos en que puede suscitarse el debate judicial, pues, como ha dicho un autor, basta leer la ley para convencerse de la posibilidad de otros muchos, como, por ejemplo, sobre si es ó no abortiva la criatura en cuyo favor se supone nacido el derecho hereditario; sobre si está ó no permitida por la ley la asociación instituída por el testador; sobre si han ocurrido ó no en una sucesión determinada los hechos que dan origen á cualquiera de las causas de incapacidad ó indignidad, etc.

Dada la posibilidad y la necesidad de esas judiciales recla-

maciones, el legislador, para evitar que indefinidamente quedasen en lo incierto las sucesiones por el temor de posteriores contiendas, estimó precisa la limitación de esa potestad á un plazo perentorio y fijo dentro del cual debieran promoverse todas las reclamaciones que pudiera deducirse por consecuencia de la incapacidad del instituído, señalando con dicho objeto el término de cinco años, á contar desde que el incapaz estuviere en posesión de la herencia ó legado; es decir, desde el momento en que surge el hecho que hace precisa la reclamación, puesto que hasta entonces no ha surtido efecto alguno la disposición testamentaria objeto de la misma. Y al hacerlo así, se inspiró en el criterio adoptado por la ley Hipotecaria, que en el párrafo 2.º de su art. 23 exige el transcurso de cinco años para que puedan perjudicar á tercero las inscripciones de bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por título de herencia ó legado, á contar desde la fecha de dichas inscripciones, y por la ley 4.ª, tít. 8.º de la Partida 6.ª, según la que no podía tener lugar la querella de inoficioso testamento, cuando los desheredados dejaban pasar sin utilizarla el mismo término de cinco años á partir desde que el heredero entrara en la posesión de la herencia.

No es, pues, una disposición nueva sin precedentes análogos, que huelgue por innecesaria, la del artículo que comentamos, ni menos puede considerársela fuera de lugar, porque después de haber establecido en el art. 760 el principio de la restitución, y los efectos que produce el hecho de haber entrado el incapaz en posesión de la herencia, á pesar de la prohibición de la ley, lo procedente era determinar el plazo dentro del cual debían producirse dichos efectos; y á este fin responde el precepto que examinamos, el cual no es otra cosa que una limitación justa y natural de la disposición consignada en el art. 760.

Determinada ya la razón y la recta inteligencia del presente artículo, réstanos indicar otras dos cuestiones que con este motivo suelen plantearse.

Refiérese la primera á las personas que pueden ejercitar las

acciones á que se refiere el artículo para la declaración de la incapacidad citada. Todos los comentaristas están de acuerdo en que dichas acciones podrán ser ejercitadas por el llamado á la sucesión en los bienes dejados al incapaz ó indigno, si llegare á ser anulada dicha institución; pero difieren al apreciar, si en el caso de que éste no lo hiciera, podrían utilizarlas los demás interesados en la herencia. Unos niegan ese derecho á todo el que no sea inmediatamente llamado á la sucesión por la incapacidad ó indignidad del instituído: otros, por el contrario, lo reconocen á todos los parientes que pueden suceder *ab intestato*, y esta es también la solución que nos parece más justa y más conforme con los preceptos del Código, pues con arreglo al art. 912, habrá de tener lugar en dicho caso la sucesión intestada, recayendo el derecho hereditario, en defecto del instituído que no puede ser heredero, sobre el llamado en primer término por la ley, y si éste no pidiere la herencia ó no quisiera heredar, pasará sucesivamente á los parientes más próximos. Por esta consideración, entendemos que pueden ejercitar la acción citada todos los que tengan interés en la sucesión. La misma diversidad de criterio se observa respecto á si los acreedores de las partes interesadas pueden ejercitar esta acción.

La otra cuestión que hemos indicado se contrae á si tiene necesariamente que ejercitarse contra el incapaz ó indigno la acción para pedir la declaración de incapacidad, ó si puede también ser utilizada contra los herederos de este, cuando dichos herederos sean los que estén en posesión de los bienes dejados al mismo. Acerca de ella difieren aun más las opiniones.

En efecto, Demante entiende que en los casos de indignidad no puede ser intentada la acción contra los herederos del indigno, pues imponiéndose en ellos la incapacidad por vía de pena, tiene que ser ésta esencialmente personal. Demolombe, por el contrario, cree que pueden ser declarados indignos de suceder los herederos del indigno. Laurent sostiene también que las partes interesadas en la herencia pueden perseguir los bienes que se hallen en poder de los herederos; pero se funda para ello en

razones esencialmente distintas de las expuestas por Demolombe. Y aun entre nuestros comentaristas, unos distinguen igualmente entre la incapacidad y la indignidad, admitiendo el ejercicio de dicha acción contra los herederos tan sólo en el primer supuesto, y otros encuentran más conforme con el sentido general en que el Código se ha inspirado al extender la posibilidad de dicho ejercicio á uno y otro caso.

De esta última opinión somos también nosotros, pero no por los fundamentos indicados por dichos autores, sino por lógica deducción de algunos de los preceptos ya examinados. El Código ha equiparado para todos los efectos jurídicos la indignidad y la incapacidad, considerando á la primera como una incapacidad especial, y por lo tanto, tienen que ser las mismas las consecuencias en una y otra de dichas causas de inhabilidad ó de falta de aptitud para suceder *mortis causa*.

Esto sentado, dos son los casos en que los herederos del incapaz ó indigno pueden estar en el goce de los bienes dejados á éste, á saber: 1.º, cuando el incapaz ó indigno entra en posesión de dichos bienes á pesar de la prohibición de la ley, y por defunción del mismo le suceden en ellos sus herederos; y 2.º, cuando el incapaz ó indigno fallece antes de entrar en posesión de los bienes mencionados, y en su nombre vienen á la herencia del testador los herederos de aquél.

En el primero de dichos casos la adquisición por parte del incapaz ó indigno no puede surtir efecto alguno á su favor ni al de sus causahabientes, por ser nulo el acto, con arreglo al artículo 4.º, y además se halla sujeto á restitución, conforme al art. 760; y como nada adquiere el instituído, nada puede transmitir válidamente á sus herederos, viniendo éstos obligados á dicha restitución tan pronto como se hiciere la reclamación, salvo lo dispuesto en el art. 761, según el que sólo podrían salvar la legítima correspondiente si fuesen hijos ó descendientes del incapaz ó indigno, y éste á su vez lo fuere del testador.

En el segundo caso, como la institución hecha no puede surtir efecto alguno á favor del instituído, según el art. 4.º citado,

es indudable que no adquiriendo derecho alguno el instituído, tampoco puede transmitirlos á sus causahabientes, y éstos sólo adquirirán el derecho á la legítima en el caso á que se refiere el art. 761. Así lo tiene expresamente declarado el art. 766.

Cuanto dejamos dicho respecto del indigno, se entiende en el caso de que el testador no haya remitido expresa ó tácitamente la causa de la indignidad, pues si el testador la conocía al tiempo de hacer el testamento, ó si, habiéndola sabido después, la remitiese en documento público, dejaría de surtir efecto, según el artículo 757, y no podría haber lugar á reclamación alguna contra el indigno ni contra sus herederos.

Si bien casi todos los Códigos están conformes en fijar un plazo para el ejercicio de dichas reclamaciones, varían, sin embargo, en cuanto á su determinación. El de Méjico, el de la Baja California y algunos otros disponen lo mismo que el nuestro. Por el contrario, el de Colombia y el de Uruguay fijan el término de diez años para que *se purgue* la *indignidad*: El de Francia, en su art. 1047, única disposición que se ocupa de esta materia, preceptúa que si la demanda para la declaración de la incapacidad ó para la reclamación de los bienes hereditarios se funda en alguna injuria grave hecha á la memoria del testador, deberá entablarse aquélla dentro del término de un año. Otras varias diferencias pudiéramos indicar, pero las expuestas bastarán á nuestro propósito.

En el proyecto de Código de 1851 no se encuentra disposición alguna relativa al precepto que examinamos. El de 1882, inspirándose en este punto, como en otros muchos, en el Código de Méjico, estableció en su art. 762 disposición igual á la del presente artículo, y concuerda además éste con el 975 del de Chile, el 34[illegible]8 del de Méjico, el 812 y 813 del de Uruguay, el 1032 del de Colombia, el 1047 del de Francia y algunos otros.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA INSTITUCION DE HEREDEROS

La institución de heredero es el acto en virtud del cual el testador designa la persona ó personas que han de sucederle en sus derechos, acciones y obligaciones; y su importancia en la testamentifacción es indiscutible, puesto que de ella surge la continuación de la personalidad del testador, si bien con las limitaciones impuestas por el mismo. En efecto, por virtud de dicha institución, la persona ó personas instituídas por herederas suceden al causante en la universalidad de sus derechos y obligaciones, en los términos que expusimos al comentar los artículos 659 y 660.

Hoy esa importancia ha cedido algún tanto, aunque no ha desaparecido por completo, puesto que no es necesaria la institución de herederos para la validez de la disposición *mortis causa;* pero en lo antiguo llegó á ser considerada como la *cabeza* y *raíz* del testamento, dando lugar su falta á la nulidad é ineficacia del mismo.

En las secciones precedentes hemos venido refiriéndonos con repetición á dos sistemas sucesorios distintos: uno formalista y rituario, mantenido constantemente por el derecho romano aun en los tiempos de mayor laxitud del mismo, y otro más libre y expansivo, cuya genuina representación se halla en el Ordenamiento de Alcalá. Y ese dualismo profundo que entonces observamos entre la legislación romana y la germana, hubo de manifestarse también claramente en la materia relativa á la institución de herederos.

No hemos de repetir aquí ideas expuestas ya en la reseña histórica con que encabezamos la introducción al estudio del tratado de sucesiones, pero conviene recordar, para la mejor inteligencia de la reforma llevada á cabo en nuestras antiguas leyes, que la naturaleza de los primitivos testamentos romanos, así

como la organización de la familia en aquella potente nación, y sus caracteres de universalidad y perpetuidad, impusieron la necesidad de un heredero que continuase la personalidad jurídica del causante, revistiendo á su vez á dicha institución de las mismas condiciones de necesidad, universalidad y perpetuidad. Era necesaria la institución como cabeza y solemnidad interna del testamento: era universal, puesto que tenía que ser hecha sobre todo el patrimonio, no permitiéndose testar sobre una parte de él y no sobre el resto; y era, por último, perpetua, porque siendo el medio de la continuación y subsistencia del testador, no podía ser ordenada la institución con limitación de tiempo, y el heredero, una vez aceptada la herencia, no podía dejar de serlo.

Por el contrario, ni en la legislación castellana, ni en el Fuero Juzgo, encarnación del elemento godo; ni en los Fueros municipales, inspirados en el mismo espíritu; ni en el Fuero Viejo de Castilla, ni aun en el Fuero Real, se encuentra disposición alguna que le atribuya dicho carácter, acusando en ellos la institución de herederos un concepto completamente diverso, hasta que las Partidas, sin tener en cuenta los elementos distintos de nuestro derecho y la diferente organización de la familia española, importó de plano la doctrina romana, y con ella todo el complicado organismo de su sistema sucesorio. Según tenemos dicho ya, el Ordenamiento de Alcalá hizo desaparecer ese régimen tan en oposición con el derecho patrio, asignando á la institución los caracteres de libertad é independencia que ha conservado hasta la publicación del Código, puesto que las leyes posteriores á dicho Ordenamiento no introdujeron modificación alguna, manteniendo la libertad de la institución de herederos, sin más limitaciones que el respeto á la moral y á los derechos legitimarios, así como mantuvo la independencia absoluta entre dicha institución y el testamento, hasta el punto de ser válido éste, aunque no haya heredero ó no se haya dispuesto en él de la totalidad de la herencia, lo cual permitía que el causante muriese parte testado y parte intestado.

El Código se ha inspirado en los mismos criterios, y en los 11 artículos que forman esta sección tienen el debido desarrollo todos los principios fundamentales en que descansaba nuestra anterior legislación, los cuales han sido confirmados y ampliados convenientemente.

Todas sus disposiciones giran sobre una misma regla, que es la base fundamental de la doctrina sobre sucesión testada admitida hoy por todas las legislaciones, según la que, la voluntad del testador, libremente expresada en el testamento, es la ley por que se rige la sucesión. Y si tal fuerza tiene esa voluntad, debe constar de una manera clara y precisa. Por eso todas las legislaciones han impuesto al testador la obligación de designar al heredero de un modo que no dé lugar á dudas. Varían, sí, en cuanto á la severidad y rigor con que desarrollan el principio, y en este punto el Código ha procurado también inspirarse en la intención del testador, como veremos al examinar el art. 772, estableciendo para ello, después de sentar la doctrina vigente en la materia, una serie de reglas prácticas de hermenéutica jurídica para la mejor interpretación de esa voluntad, cuya sola lectura es suficiente para justificarlas.

En cuanto al derecho foral, algunas indicaciones bastarán para conocer las principales diferencias que le separan del derecho común en dicha materia.

En Cataluña, la institución de herederos es necesaria, salvo la excepción concedida, según Vives, á la capital del Principado por el privilegio único del tít. 1.º, volumen 2.º de las Constituciones, aunque otros autores la niegan, estando todos conformes en que existe á favor de los vecinos de Tortosa, conforme al cap. 2.º, rub. 4.ª, tít. 33 del *libro de las costumbre escritas*. Dicha institución puede ser pura ó condicional, *desde* y *hasta* cierto día, y para ser válida necesita ser hecha en testamento ó en escritura de capitulaciones matrimoniales, no siendo precisa la designación del heredero por su nombre y bastando la indicación de una circunstancia característica que le distinga.

Es nula la institución: 1.º, cuando es otorgada con maldición expresa; 2.º, cuando es hecha en forma captatoria; y 3.º, cuando se hace á condición de que el heredero instituya como tal al testador ó á la persona que éste designe. El error en el nombre ó en las circunstancias del instituído no vicia la institución, permitiéndose también la llamada de confianza, que se hace por el padre en favor de los hijos, instituyendo á la mujer para que ésta á su vez designe entre ellos aquel que haya de ser heredero, con sujeción á las cargas y condiciones que el padre hubiere impuesto.

En ARAGÓN se reconoce la institución de heredero en sus dos aspectos de voluntaria y forzosa. Según dicha legislación (1), la validez del testamento no depende de la institución, y ésta puede ser hecha pura ó condicionalmente, así como *desde* y *hasta* cierto día. En cuanto á los efectos que producen, son éstos generales para todos los casos, y especiales cuando fueren varios los instituídos.

En NAVARRA, la legislación se rige por los principios romanos, relativos á la naturaleza y efectos de la institución de herederos, declarándose, por consiguiente, la nulidad del testamento que no la contenga. Si el instituído es heredero forzoso, después de salvar la porción legitimaria (y ya hemos dicho en otra ocasión á lo que se halla reducida ésta), puede el testador instituir uno ó más herederos libremente, y si no existen herederos forzosos, goza de absoluta libertad. Como en realidad es puramente imaginaria la legítima dentro de dicha legislación, puede en general decirse que el testador, cumplida dicha formalidad en los casos en que deba ser respetada, dispone de la herencia sin limitación de ningún género. La institución ha de hacerse en testamento, y es nula la que se haga en codicilo (2).

En VIZCAYA no existe disposición especial alguna referente á esta materia, y por lo tanto, la institución de heredero ha de

(1) Según la observancia 5.ª *De testamentis* y la sentencia de 24 de Marzo de 1865, no es necesaria la institución.

(2) Véanse las leyes del tít. 20, libro 3.º del Fuero.

regularse por los preceptos del derecho común como supletorio. Sin embargo, como en dicha legislación subsiste el principio de la troncalidad, la libre disposición del testador ha de hallarse limitada por este concepto y sujeta especialmente á las prescripciones relativas á la sucesión de los bienes tronqueros, cuando en la herencia existiesen algunos de esta clase.

Confirma esta opinión la doctrina aceptada por el Tribunal Supremo, el cual tiene declarado en sentencia de 27 de Diciembre de 1895: 1.º, que las leyes 14 y 18, tít. 20 del Fuero de Vizcaya, regulando en términos precisos la facultad de disponer de los bienes raíces, prohiben hacerlo en favor de extraños, tan sólo cuando el dueño tuviere descendientes, ascendientes ó colaterales tronqueros dentro del cuarto grado, siguiéndose de ello que si careciere de tales herederos y parientes colaterales, puede disponer libremente de todos sus bienes raíces aunque estén sitos en el infanzonado; y 2.º, que conforme á dicha regla de derecho positivo, el que comprare bienes; no por retracto de abolengo, sino mediante venta libre hecha por un extraño, puede disponer de ellos á su voluntad, si careciese de descendientes y ascendientes; por ser indudable que no habiéndolos poseído persona alguna de la familia del comprador, no puede éste tener parientes colaterales tronqueros; cualidad ésta indispensable para que los colaterales deban heredar por derecho de troncalidad.

ARTÍCULO 763

El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.

Inspirándose los autores del Código, con arreglo á la base décimaquinta de la ley de 11 de Mayo de 1888, en los principios

sancionados en el Ordenamiento de Alcalá, consignaron en el presente artículo la doctrina establecida por el mismo, reconociendo en primer lugar la libertad del testador que no tenga herederos forzosos para disponer de sus bienes *mortis causa* sin limitación alguna, y restringiendo en otro caso dicha potestad, en la forma y con las limitaciones que más adelante expondremos, por haber prevalecido el sistema de legítimas al adoptarse los acuerdos que habían de constituir la norma reguladora para la codificación de nuestro derecho civil.

Al exponer en la parte tercera de la introducción al estudio de la materia de sucesiones, el juicio crítico de las modificaciones introducidas por el Código en nuestro antiguo derecho, indicamos ya los motivos por los cuales no siguió en un todo la reforma las tendencias de los partidarios de la libertad de testar, conservando como necesaria y conveniente la institución de las legítimas; y además, comentando anteriores artículos hubimos de exponer también lo suficiente acerca de la institución de herederos. A lo dicho en esas ocasiones nos remitimos como provechoso antecedente para la inteligencia del precepto que examinamos, limitándonos por ahora á indicar que influyendo poderosa y esencialmente en la libre disposición del testador el régimen adoptado, por las restricciones que ha de imponer en cuanto á la institución de herederos, necesariamente, y ante todo, tenía la ley que dejar esclarecidos sus efectos respecto á la libre disposición del causante, y por eso el primer artículo de esta sección se halla consagrado á determinar la extensión y los límites á que alcanza el derecho del testador en cada uno de los casos que pueden ocurrir, es decir, según que existan ó no en la sucesión herederos forzosos.

Como claramente resulta de los términos en que se halla concebido el artículo, la libertad concedida á aquél para la libre disposición de sus bienes se halla limitada tan sólo por el respeto debido á los derechos legitimarios, estando justificado su precepto por las razones que, según hemos indicado, se han tenido en cuenta para la conservación de las legítimas.

Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Febrero de 1901, que se relaciona más directamente con los arts. 659, 661, 1003, 1026 y 1082 de este Código.

En la de 11 de Julio 1905, se declara que existiendo herederos forzosos, no pueden perjudicarse sus legítimas, ni por tanto prohibírseles que insten el juicio voluntario de testamentaría, no siendo válida tampoco la facultad concedida á los albaceas de que retengan en su poder los bienes hasta que queden adjudicados, ni la exención de que rindan cuentas.

Como expusimos al comentar los arts. 752 al 754, discuten los autores si los hijos naturales no reconocidos pueden ser instituídos herederos por sus padres en el todo ó parte de la herencia de libre disposición, por entender algunos que no tienen capacidad para adquirir por testamento, y el art. 763 exige expresamente esa capacidad. No creemos que exista fundamento alguno serio que pueda motivar esa duda: los hijos naturales no reconocidos, aun los adulterinos y sacrílegos, no tienen incapacidad alguna para adquirir, ni puede señalarse artículo alguno que la establezca: no tienen derecho á legítima, según el art. 845, esto es todo. En cuanto á su capacidad para adquirir en general ó por testamento la parte en su caso, de libre disposición, los hijos naturales no reconocidos, no son ante la ley de peor condición que las personas extrañas.

Tiene sus precedentes este artículo en las leyes 2.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, y en la 17, tít. 3.º de la misma Partida; siéndo doctrina constantemente mantenida por la uniforme jurisprudencia de nuestros tribunales la misma consignada por el Código, el cual esencialmente concuerda en este punto con los artículos 624 del proyecto de 1851 y 764 del de 1882, que establecían preceptos análogos.

En cuanto á las legislaciones extranjeras, si bien se observa en ellas el mismo criterio de determinar expresamente el alcance de la facultad concedida al testador para la disposición de sus bienes, limitándola tan sólo por los derechos legitimarios, no todas han seguido el mismo sistema. Por ejemplo, el Código

francés, que según hemos dicho en otra ocasión, fija una escala gradual para las legítimas, en consideración al número de las personas llamadas á su goce, establece en sus arts. 913, 915 y 916, que las liberalidades que tengan lugar, ya por actos entre vivos, ya por testamento, no podrán exceder de los tipos siguientes: de la mitad de los bienes del que las hace, si no deja á su muerte más que un hijo ó descendiente; de la tercera parte, si deja dos; de la tercera, si deja tres ó mayor número; de la mitad, si no quedaren descendientes, y si uno ó más ascendientes en cada una de las líneas materna y paterna; de las tres cuartas partes, si no deja más que ascendientes de una de dichas líneas; y sólo á falta de descendientes y ascendientes es cuando puede disponerse de la totalidad de bienes.

Nuestro Código, por el contrario, en vez de fijar desde luego la limitación que en cada uno de los casos ha de sufrir la potestad del testador respecto á la institución de herederos, ha preferido referirse á la sección correspondiente á la materia de legítima, siguiendo en esto al de Sajonia, reservando para dicho lugar, como el más propio y adecuado, la expresión de tales limitaciones, á fin de no anticipar cuestiones correspondientes á dicha materia, y concretándose al presente á establecer el principio de que, aceptado para la sucesión testada el sistema de legítimas, por él ha de regularse la facultad del testador en cuanto á la disposición de sus bienes. Sirven, pues, de complemento á este artículo las disposiciones del 806 y siguientes.

El Código de Colombia y el de Chile, al definir el testamento en sus arts. 1055 y 999 respectivamente, y al tratar de la asignación forzosa (1), establecen la misma doctrina que el nuestro, aunque con redacción algo distinta, y concuerda además el precepto que examinamos con el art. 805 del de Italia, el 1774 del de Portugal, el 815 del de Uruguay, el 3498 del de Méjico,

(1) V. arts. 1226 y 1167.

el 937 del de Veracruz, y el 804, en relación con el 799, del de Guatemala.

ARTÍCULO 764

El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos.

La disposición de este artículo es consecuencia de lo que dejamos indicado en las consideraciones con que encabezamos el estudio de esta sección, acerca del principio adoptado ya por el Ordenamiento de Alcalá y admitido por la ley de Bases, que en este punto no hizo alteración alguna en nuestro antiguo derecho.

Si á virtud de él no es necesaria ya para la validez de los testamentos que en ellos conste la institución de herederos, lógica deducción de dicho principio es que el testamento no se invalide aunque no contenga dicha institución ó no comprenda la totalidad de los bienes, ó no resulte eficaz la institución, hecha, ya por no aceptar la herencia el instituído, ó por ser éste incapaz.

En este punto, el nuevo cuerpo legal se ha inspirado en los modernos principios de la ciencia jurídica, y apartándose por completo del sistema romano y de la legislación de Partida, se ha ajustado estrictamente al criterio generalmente seguido desde que la ley 2.ª, tít. 19 del Ordenamiento antes citado borró para siempre la necesidad de la institución y la incompatibilidad puramente romana de las sucesiones testamentaria y legítima. Y esa doctrina, que tuvo su complemento en las leyes de Toro, y en la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, y que fué confirmada por la jurisprudencia, ha sido sancionada además por el Código al reproducir en el presente artículo lo

que era ya declaración de nuestro derecho, ampliándola con la disposición conveniente acerca de lo que haya de hacerse en esos casos en que no existe ó no es eficaz, la institución hecha en todo ó en parte de la herencia.

No hemos de repetir aquí las discusiones mantenidas por los tratadistas que disienten aún acerca de la necesidad de la institución, llegando algunos en sus exageraciones de escuela hasta el punto de negar su cualidad de testamento á las disposiciones de última voluntad que carezcan de dicho requisito. Bastante hemos dicho ya sobre ello en repetidas ocasiones, para insistir de nuevo en una cuestión que en la actualidad ha perdido todo su interés y que sólo es puesta en duda hoy por algunos cuantos adeptos del sistema antiguo; pero si alguna duda pudiera caber sobre la justicia de la doctrina establecida, después de cuanto dejamos expuesto, bastaría para convencerse de ella tener tan sólo en cuenta que el fin que debe perseguir la ley en este punto consiste únicamente en atemperar sus preceptos á la voluntad del testador, y como éste, al no hacer institución expresa de herederos, demuestra claramente por este hecho que su intención en dicho caso es que entren á suceder en la herencia los llamados á ella por la ley, se ajusta á dicha voluntad y la respeta al dar eficacia y validez á las disposiciones testamentarias otorgadas en dichas condiciones. Además, no existe en realidad razón legal ni motivo jurídico alguno para que el testador, que está facultado por la ley para disponer de la totalidad de la herencia, no pueda hacerlo válidamente de parte de ella, hasta el punto de anular todas las demás ordenaciones del testamento dicha circunstancia; ni menos puede haberlo para que deje de cumplirse la voluntad del causante, á pesar de hallarse claramente expresada, ni para que la renuncia del heredero invalide por sí sola todas las restantes disposiciones del testador, puesto que el favorecido sólo puede renunciar en buenos principios aquello que se estableció en su propio favor ó beneficio.

El proyecto de Código de 1851, en sus arts. 625 y 627, y el de 1882 en el 765, propusieron preceptos análogos, y concuerda

además el que examinamos con el 816 del Código de Uruguay, el 3499 y 1500 del de Méjico, el 921 del de Holanda, el 825 y 826 del de Guatemala, el 938 del de Veracruz, el 3335 y 3336 del de la Baja California, el 809 del de Italia, el 2063 del de Sajonia, el 967 del de Francia, el 999 del de Chile, el 1055 del de Colombia y el 1739 y siguientes del de Portugal.

ARTÍCULO 765

Los herederos instituídos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

El precepto consignado en este artículo es también reproducción del derecho antiguo, puesto que se hallaba establecido ya en la ley 17, tít. 3.º de la Partida 6.ª El derecho romano también mantuvo la misma doctrina en la ley 9.ª, tít. 5.º, libro 28 del Digesto, así como en el párrafo 6.º, tít. 14, libro 2.º de la Instituta, y sólo en la sucesión intestada es donde únicamente, por la distinta cualidad de los herederos concurrentes á la herencia, puede sufrir alteración este principio que ha venido informando constantemente nuestra legislación y la mayor parte de los Códigos extranjeros.

La voluntad expresa ó presunta del testador es la ley que debe regir la herencia, y este principio, que encierra en sí esencialmente toda la doctrina sobre sucesión testada, no puede menos de autorizar la regla de interpretacion consignada en el presente artículo. En efecto, así como el causante puede disponer libremente de toda ó parte de su herencia, igual libertad tiene cuando instituye varios herederos para asignar á todos una misma participación ó distinta cuota según tuviere por conveniente, y si no hace distinción alguna entre ellos en cuanto á dicha participación, no hay motivo ni razón alguna para suponer que quiso hacerlos de distinta condición ni para presumir que su intención fué hacer una desigual división de los bienes de la herencia. Por eso la ley, en este caso, interpretando la vo-

luntad presunta del testador, dispone acertadamente que los instituídos hereden por partes iguales.

Este precepto no debe entenderse, sin embargo, de una manera absoluta, sino que, por el contrario, ha de estimarse limitado al caso en que todos los herederos sean de la misma clase ó condición jurídica y reducidos sus términos á la parte de la herencia de que puede disponer libremente el testador, quedando á salvo los derechos legitimarios, pues desde luego se comprende que en el caso de ser instituídos por el otorgante un heredero forzoso y otro voluntario, sin designación de la parte que cada uno haya de percibir, no es posible suponer siquiera que deba asignarse al segundo la misma participación en la herencia que al primero, sino que tan sólo heredarán por partes iguales en el remanente que quedare después de cubierta la legítima y las demás disposiciones del testamento: siendo ésta también la recta inteligencia de dicha institución y la voluntad presunta del testador al hacerla, pues éste no puede sustraerse al imperio de la ley que establece los derechos legitimarios, y lo racional es que, ajustándose á ella y respetando dichos derechos, ordenara la institución en esos términos con referencia á aquella parte para cuya disposición le autoriza la ley.

Con estas indicaciones se relaciona una cuestión suscitada en lo antiguo por los tratadistas y que vino á resolver la ley 1.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilacion. Discutíase á la sazón, qué debería hacerse en el caso de que el testador, al señalar la porción alícuota de cada heredero, siendo varios, incurriese en el error de distribuir más partes que aquellas que forman la herencia, como, por ejemplo, si siendo seis los herederos instituídos, á cada uno de ellos le dejase una cuarta parte de la herencia, ya se hubiere hecho la institución en una misma cláusula, ya en cláusulas distintas.

Algunos, especialmente en el último de estos casos, interpretaban la disposición en el sentido de que debían ser atendidos los llamamientos por su orden, y en tal concepto, en el ejemplo citado cada uno de los cuatro primeramente instituídos re-

cibiría una cuarta parte, quedando sin derecho alguno los restantes, por suponerse hecha su institución para el caso de que no existieran los anteriores. Otros, por el contrario, entendían que era más conforme con la voluntad del testador distribuir la herencia por partes iguales, y en este sentido vino á resolver la duda la ley recopilada que hemos indicado.

Como el nuevo Cuerpo legal no ha alterado, por lo tanto, en lo más mínimo el estado de derecho existente á la publicación del Código, y el precepto de este artículo no ofrece dificultad alguna en su inteligencia, estimamos innecesaria toda nueva consideración sobre el mismo.

Véase en el comentario del art. 811 la Resolución de la Dirección general de los Registros de 20 de Marzo de 1905.

El proyecto de Código de 1851 estableció una disposición especial para resolver otra cuestión que solía también suscitarse con motivo de los efectos de la institución de heredero, acerca de la aplicación que debiera darse al remanente de la herencia cuando dicha institución no comprendía la totalidad de la misma, previniéndose con tal objeto en el art. 627 que *si el heredero ó herederos no han sido instituídos en la totalidad de los bienes, sino en una parte ó cosa determinada, el remanente pasará á los herederos legítimos, con arreglo á lo dispuesto en el título siguiente, á menos que haya otro ú otros coherederos instituídos sin designación de parte.*

Pero en la actualidad ni dicho precepto es necesario ni puede promoverse la cuestión citada, porque el caso á que se refiere está terminantemente resuelto y comprendido en el párrafo segundo del artículo anterior, y en el núm. 2.º del 912, y, con arreglo á ellos, se dará lugar á la sucesión intestada respecto de dicha parte de la herencia.

Concretándonos, pues, á la materia de este artículo, debemos consignar que el citado proyecto de 1851, en su art. 626, y el de 1882, en el 776, establecieron preceptos análogos, y que si bien algunos Códigos extranjeros prescinden de dicha disposición, sin duda por no creer necesaria su expresión, como decía Goyena, se encuentran, sin embargo, bastantes concordancias

del mismo, pudiendo citar, entre otras, las siguientes: el art. 827 del Código de Guatemala, el 817 del de Uruguay, el 3501 del de Méjico, el 555 del de Austria, el 3337 del de la Baja California, el 1098 del de Chile, el 3721 del de la República Argentina y el 939 del de Veracruz.

ARTÍCULO 766

El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia, no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.

Inspírase este artículo en un principio de justicia universal, que por nadie puede ser desconocido, cual es que ninguno puede transmitir á otro más derechos que los que tiene adquiridos; y como la jurisprudencia había ya resuelto que no podía ser heredero voluntario más que aquél que tuviera capacidad para suceder al tiempo de causarse la herencia, y el incapaz y el renunciante tampoco hacían suyo derecho alguno, por su falta de capacidad el primero y por consecuencia de la renuncia el segundo, evidente resulta que ninguno de los tres citados podría transmitir derechos que no había adquirido ni podido adquirir por las causas indicadas.

Esta doctrina, mantenida por el derecho antiguo, ha pasado á precepto expreso del Código en el artículo que examinamos, el cual concuerda con la ley 17, tít. 3.º de la Partida 6.ª, teniendo también precedentes en la legislación romana (1) y en algunas otras leyes del derecho patrio (2).

Para la recta inteligencia del presente artículo hay que tener en cuenta, ante todo, que la disposición contenida en el mismo no se refiere exclusivamente á los herederos voluntarios, como supone la generalidad de los comentaristas, fijándose tan

(1) Véase ley 1.ª, §§ 2.º y 3.º, tit. 51, libro 6.º del Código de Justiniano.
(2) Véanse las leyes 22, tít. 3.º; 11, tít. 6.º, y 34 y 35, tít. 9.º, todas de la Partida 6.ª; y 13, tít. 3.º de la Partida 7.ª

sólo en los términos con que empieza la redacción de su precepto.

En esa creencia estiman que es improcedente la referencia hecha en la última parte del mismo á los arts. 761 y 857, porque éstos no hacen relación á los herederos voluntarios, sino á los forzosos, y no pueden, por lo tanto, constituir una excepción de la regla general consignada en el mismo. Pero el error en que incurren los que tal opinión sostienen es de tan fácil demostración, que para apreciarlo hasta sólo tener presente los términos del artículo, el cual, después de mencionar al heredero voluntario que premuere al testador, se ocupa del incapaz y del renunciante *en términos generales y sin limitación;* es decir, no con referencia á los herederos voluntarios únicamente, sino á éstos y á los forzosos, pues de lo contrario hubiera enlazado con una conjunción disyuntiva á todos los que son objeto de su precepto, diciendo, por ejemplo: «el heredero voluntario que muere antes que el testador, ó es incapaz de heredar, ó renuncia la herencia, no transmite», etc.

Así ha de entenderse el artículo para que tenga razón la salvedad final y referencia que se hace á los arts. 761 y 857. Sin embargo, forzoso es confesar que no existe razón alguna para limitar el precepto á los herederos voluntarios en caso de premoriencia y extenderlo á todos en caso de incapacidad, porque las circunstancias son idénticas, y el derecho de representación procede con arreglo al art. 929, lo mismo en caso de incapacidad que en caso de muerte. Bien examinado el artículo que nos ocupa, sobra en él la palabra «voluntario», ya que es evidente que, salvo las excepciones contenidas en los arts. 761 y 857, el heredero, voluntario ó forzoso, que muere antes que el testador, ó es incapaz de heredar, ó renuncia la herencia, no transmite derecho alguno á sus sucesores.

Ni puede afirmarse para explicar la frase heredero voluntario y limitarla al caso de muerte, que no podía regir la misma regla para el heredero forzoso, ya que al premorir transmite sus derechos por virtud de la representación. En primer lugar, ocu-

rre exactamente lo mismo en caso de incapacidad, y en segundo término no todos los herederos forzosos que premueren al testador transmiten sus derechos á sus sucesores, pues esta transmisión, si transmisión puede llamarse, sólo puede tener lugar en los casos en que proceda el derecho de representación. El padre ó el abuelo incapaces de heredar ó muertos antes que sus hijos ó nietos, aun siendo herederos forzosos, ni heredan ni pueden transmitir derechos á sus herederos. Sólo los descendientes, herederos forzosos de sus ascendientes, transmiten sus derechos aun premuriendo ó siendo incapaces, y eso sólo también en el caso de tener á su vez hijos ó descendientes y con relación á su legítima.

Discurriendo algunos *à contrario sensu*, deducen, que si el heredero capaz sobrevive al testador, transmitirá sus derechos á sus herederos; pero no debe entenderse esto en términos tan absolutos, pues como indicamos al estudiar el art. 759, si la institución hubiere sido hecha bajo condición y muriese el instituído antes de ser cumplida la misma, no adquirirán derecho alguno sus sucesores aunque aquél sobreviva al testador, á no ser en el caso del art. 761 ó si la condición fuera suspensiva, pues entonces, con arreglo al art. 799, dicha condición no impediría al instituído la adquisición y transmisión de los derechos hereditarios nacidos de la institución.

Como hemos indicado anteriormente, si bien tratándose de descendientes la muerte ó incapacidad de éstos, anterior á la del causante, no priva de derechos á sus sucesores, esto debe entenderse respecto de las legítimas, pero no en cuanto á la mejora ó el legado, pues siendo puramente voluntarios estos actos del testador, se encuentran con relación á ellos en el mismo caso y en idénticas circunstancias que el heredero voluntario, y por consiguiente, sólo cuando le sobrevivan será cuando podrán adquirir derecho á dicha parte de le herencia y transmitirla á sus herederos, según el mismo principio que sirve de fundamento á este artículo.

No todas las legislaciones han seguido el mismo criterio. El

Código de Colombia, si bien concuerda con el nuestro en cuanto al heredero voluntario, aunque estableciendo la transmisión del derecho á aceptar ó repudiar la herencia hasta en el supuesto de que el instituído fallezca sin saber siquiera que se le ha deferido, se diferencia en los demás casos, respecto de los cuales establece contraria doctrina en los arts. 1019 y 1034, disponiéndose en el último de éstos que *á los herederos* (1) *se transmite la herencia ó legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad de su autor, por todo el tiempo que falte para completar los diez años;* lo cual está de acuerdo con el principio admitido por ese Código y por algunos otros, según el que la indignidad se purga por el transcurso de dicho término. Lo mismo debemos decir del Código de Chile, el cual, en sus arts. 957, 962 y 977, reproduce literalmente la doctrina establecida por el de Colombia.

El Código francés, en sus arts. 1039 y 1043, previene que en estos casos *caducará* toda disposición testamentaria hecha por el testador, coincidiendo el art. 730 con la excepción consignada al final del presente; y el de Portugal, á más de los comprendidos en el artículo que examinamos, incluye el de que la institución de heredero ó legatario dependa de una condición, y el favorecido muera sin que haya cumplido ésta (art. 1739), que es precisamente el precepto contenido en el art. 759 de nuestro Código.

En el proyecto de 1851 no encontramos ningún artículo que tenga relación con el presente; pero el de 1882, en el 767, propuso igual precepto, y concuerda además este artículo con el 3454 del de Méjico, que establece igual disposición; el 813 del de Guatemala; el 3313 del de Baja California; el 1600 del de la Luisiana; el 3743, en relación con el 3799 y el 3804, del de la República Argentina; el 1057, 1058 y 1061 del de Veracruz; el 973 del de la República Oriental de Uruguay, en su caso 3.º, y el 1759 del de Portugal.

---

(1) Del instituído.

ARTÍCULO 767

La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.

ARTÍCULO 768

El heredero instituído en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

ARTÍCULO 769

Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: «Instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.», los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

ARTÍCULO 770

Si el testador instituye á sus hermanos, y los tiene carnales y de padre ó madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado.

ARTÍCULO 771

Cuando el testador llame á la sucesión á una persona y á sus hijos, se entenderán todos instituídos simultánea y no sucesivamente.

Los preceptos consignados en los cinco artículos que dejamos insertos, constituyen otras tantas reglas de interpretación de las disposiciones testamentarias en cuanto á la institución de herederos.

Como á pesar del cuidado puesto por la ley para conseguir la mayor claridad en la expresión de las últimas voluntades, pudieran resultar confusas ó dudosas las cláusulas de sus ordenamientos, los autores del Código procuraron evitar las consecuencias y perjuicios que por dicha confusión pudieran originarse, estableciendo en los artículos que examinamos las reglas de hermenéutica más convenientes para la mejor inteligencia de sus disposiciones, especialmente en lo esencial de las mismas, ó sea en la parte relativa á la institución.

Todas esas reglas se inspiran, en primer término, en el respeto á la voluntad del testador, base principal de toda recta interpretación de los testamentos, y que la ley procura siempre amparar. *Dicat testator et erit lex,* afirmaban las antiguas escuelas, encerrando en tan breve fórmula toda la doctrina legal relativa á esta materia y siguiendo el mismo criterio la jurisprudencia, cuidó de esclarecer y hacer respetar la voluntad del testador, estableciendo, de acuerdo con la ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, que sus palabras debían ser entendidas lisa y llanamente como suenan, á no probarse que la intención fué otra; debiendo asimismo interpretarse ésta mediante la comparación entre unas y otras cláusulas del testamento, para fijar su verdadera inteligencia de modo que no se alterasen los verdaderos propósitos del causante (1). En los mismos principios se ha inspirado el Código, fundando en tan sabia doctrina las reglas precedentes, como resulta del examen que pasamos á hacer de cada una de ellas.

La primera de todas, ó sea la consignada en el art. 767, es una consecuencia del principio aceptado por el Ordenamiento de Alcalá y mantenido por el Código, de no ser precisa la institución de herederos para la validez del testamento, del cual se deduce necesariamente que la falsedad de la causa no vicia ya la institución, como ocurría en los tiempos en que ésta era nece-

(1) Véanse entre otras, las sentencias de 30 de Abril de 1857, 23 de Marzo de 1860, 22 de Enero de 1862, 24 de Marzo y 26 de Mayo de 1866, 6 de Julio de 1891, 25 de Junio y 22 de Diciembre de 1892 y 16 de Septiembre de 1893.

saria y constituía la cabeza y raíz del testamento. Esto se entiende en el caso de que no resulte del mismo testamento que el testador no habría hecho la institución ó el legado si hubiese conocido la falsedad de la causa; pues entonces conforme á la antigua jurisprudencia, habrá que respetar dicha intención; estando además en un todo conforme esta primera regla de interpretación con los preceptos generales del derecho, pues partiéndose en dicho caso, al hacer la institución, de un supuesto falso, no puede prevalecer, porque realmente no es objeto de la voluntad del testador, que si dispuso lo que la misma expresa, fué en la hipótesis de la existencia del motivo ó de la causa en que se fundó la institución ó el legado.

La disposición consignada en el párrafo 2.º de dicho artículo la estableció ya el derecho romano y no puede menos de reconocerse su justicia, pues lo que es contra derecho no es susceptible de producir efecto jurídico alguno, debiendo, por lo tanto, tenerse como no escrita dicha causa, porque no es presumible siquiera que el testador, al otorgar su disposición testamentaria, tuviese la intención de ordenar lo que no podía tener eficacia.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 768, proponía análogo precepto, y respecto de los legados, la ley 20, tít. 9.º de la Partida 6.ª, contenía prescripciones parecidas. Concuerda además dicha regla con el art. 828 del Código de Italia, el 900 del de Francia, si bien éste se refiere más á las condiciones imposibles y contrarias á derecho; el 1058 del de Chile, el 1117 del de Colombia, el 3380 y siguientes del de Méjico, el 3243 y 3244 del de la Baja California y algunos otros.

La segunda de las reglas de interpretación indicadas, contenida en el art. 768, se funda en una razón legal de indisputable evidencia, pues no tratándose de una sucesión universal, sino de la disposición de una cosa determinada, tiene dicha institución más el carácter de legado que de herencia; y esto que se determinaba ya hasta cierto punto en la ley 14, tít. 3.º de la Partida 6.ª, para el caso de haber otro heredero testamentario, en aquellos tiempos en que era necesaria la institución de here-

dero, no podía menos de sustentarse después que la ley 1.ª, título 19 del Ordenamiento de Alcalá hizo desaparecer dicha necesidad.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 628, y el de 1882 en el 769, propusieron preceptos análogos también, y concuerda además el precepto citado con el art. 819 del Código de la República Oriental del Uruguay, el 1796 del de Portugal, el 760 del de Italia, el 3716 del de la República Argentina, el 941 del de Veracruz, el 554 del de Austria, el 921 y 1004 del de Holanda, el 955, 1099 y 1104 del de Chile, el 2171 del de Sajonia y el 1162 del de Colombia.

Aplica el precepto del art. 768 el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Marzo de 1901, al considerar subsistentes ciertos legados contenidos en un testamento anterior, no obstante haberse otorgado después nuevo testamento que mantenía en toda su fuerza las disposiciones de los dos anteriores en cuanto no estuviesen modificados. Véase esta sentencia en el art. 869.

En 7 de Junio de 1899, declara el mismo Tribunal, que instituída heredera una persona en un inmueble determinado, y además en el remanente de los bienes, si se cumplía determinada condición, la institución en cuanto á dicho inmueble debe estimarse hecha á título univesal y no singular.

En 11 de Febrero de 1903 se declara que cuando el testador lega á una persona el tercio de sus bienes, derechos y acciones, y á continuación instituye herederos en el resto, claramente establece un legado de parte alícuota de la herencia, no prohibido por nuestra actual legislación, sin que al estimarlo así se infrinja el art 768 ni el 660, y sin que el legatario pueda ser considerado sólo por el hecho de hablarse también de derechos y acciones, como sucesor á título universal.

Aplica también el art. 768, con el 771 la sentencia de 8 de Julio de 1904, aunque sin establecer doctrina alguna de importancia.

El art. 768 muestra claramente el criterio legal, y ha de aplicarse estrictamente en las relaciones sucesorias que regula

la ley. Así, pues, cuando ésta asigna á un sucesor una parte alícuota de la herencia, como la mitad ó la tercera parte de los bienes, nunca ha de entenderse que establece un legado. Cuando de los bienes de una persona separa los de determinada procedencia para que pasen á otro sucesor, se entiende que se separan dos sucesiones distintas, acompañando á cada una de ellas sus especiales derechos y sus peculiares obligaciones. Una herencia entera puede considerarse cosa cierta y determinada, pues relativamente todo puede entenderse determinado; pero no puede interpretarse con tal amplitud el precepto legal. Para que legalmente exista legado, ha de tratarse de la transmisión de uno ó varios ó muchos objetos determinados de los comprendidos en una sucesión. Las palabras empleadas en su caso por el testador resuelven en otro caso la cuestión, pues puede separar ó determinar hasta una parte alícuota de la herencia y asignarla como legado: en tales casos, la ley admite para ese sucesor el concepto de legatario; pero limitando sus derechos y obligaciones á fin de que nunca sea más que un sucesor á títuló singular.

La regla 3.ª, fijada en el art. 769, no tiene precedentes concretos en nuestro antiguo derecho, pero es consecuencia de lo dispuesto en la ley 17, tít. 3.º de la Partida 6.ª, y su precepto es sencillo y de fácil inteligencia, aunque otra cosa ha parecido á algunos de los comentadores del Código, toda vez que la disposición contenida en dicho artículo se reduce á determinar que mientras no se demuestre ó se deduzca del testamento que la voluntad del testador al instituir nominal é individualmente á determinados herederos y á otros de una manera colectiva, fué que estos últimos conjuntamente nombrados vinieran á sucederle en estirpe, por decirlo así, ó en representación de la colectividad instituída, deben heredar *in capita*, como si individualmente hubieran sido instituídos, pues no existe en dicho caso razón ni motivo alguno por el cual pueda presumirse que su intención fuera establecer diferencia alguna entre los favorecidos por la institución, y ha de aplicarse en tal concepto el principio sancio-

nado en el art. 765, por no designarse la parte en que los mismos deban heredar.

Sin embargo, invocando algunos indebidamente la teoría que rige respecto de la sucesión intestada, han censurado dicho precepto, estimando más conforme á los sanos principios del derecho el que los instituídos individualmente hereden la parte correspondiente á su propia personalidad, y todos los llamados colectivamente la que corresponde á la colectividad, como si ésta fuese un solo heredero, si bien reconocen que puede ser otra la intención del testador, cuando por no saber éste los nombres de todos los que se propone favorecer con su llamamiento ó por no extenderse demasiado en la confección del testamento, los designase en esa forma, en cuyos casos únicamente admiten como aplicable la disposición indicada.

En el proyecto de Código de 1851 no encontramos precepto alguno que haga relación al del art. 769 citado; pero el de 1882 propuso análoga disposición y se encuentran también concordancias en el art. 1797 del Código de Portugal, en el 3504 del de Méjico, en el 3340 del de la Baja California y en el 2175 del de Sajonia.

La regla consignada en el art. 770 no tiene tampoco precedentes en el derecho antiguo, pero sí en el 771 del proyecto de Código de 1882, el cual propuso, con ligeras variantes, el mismo precepto que el artículo indicado.

Nada nuevo se establece en dicha regla, ni dificultad alguna ofrece su inteligencia, puesto que se limita á confirmar las disposiciones generales prescritas para la sucesión intestada.

Algunos expositores han creído por esto que dicha disposición holgaba ó era innecesaria; pero fácilmente se comprende la conveniencia de su establecimiento, pues habiéndose prescrito en el artículo anterior, con la amplitud que hemos indicado, que todos los instituídos, así individual como colectivamente, se considerarán como si hubieran sido nombrados individualmente, debiendo, por lo tanto, heredar por partes iguales si no se designara la parte que cada uno de ellos debiera percibir, podría su-

ponerse que dicha regla era extensiva al presente caso, en el cual el legislador, de acuerdo con los principios de justicia y de equidad en que se ha inspirado la reforma, ha querido que se atienda á las distintas circunstancias de los herederos, presumiendo que la intención y la voluntad del testador, al no disponer lo contrario, fué ajustarse á los preceptos de la ley, haciendo de mejor condición á aquellos que con mayoras vínculos se hallaren unidos al mismo. Para evitar esa inteligencia precisaba una declaración expresa en este sentido, y á esa necesidad responde dicho precepto.

La misma doctrina han establecido la mayor parte de las legislaciones extranjeras, como puede verse en el art. 1798 del Código de Portugal, 3505 del de Méjico, 3341 del de la Baja California y en el párrafo 2.° del 740 del de Italia.

Finalmente, la regla establecida en el último de los cinco artículos que examinamos es una reproducción de la doctrina corriente entre los tratadistas, deducida lógicamente de los principios generales del derecho, y por su claridad y sencillez no requiere mayor explicación.

Sancionada se halla en casi todos los Códigos extranjeros, encontrándose concordancias con dicho precepto, entre otros artículos, en el 1799 del de Portugal, en el 3506 del de Méjico, y en el 3342 del de la Baja California.

ARTÍCULO 772

El testador designará al heredero por su nombre y apellido; y, cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituído.

Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituído, valdrá la institución.

La importancia que en la materia de testamentos tuvo siempre la institución de herederos, hizo que todas las legislaciones impusieran al testador la obligación de designar al heredero de

un modo que no diera lugar á dudas, si bien suelen distinguirse aquéllas en cuanto á la severidad y al rigor con que desarrollaron dicho precepto.

En la legislación romana y en la de Partidas fué el legislador en extremo minucioso, partiendo del principio *quaties non apparet quis haeres institutus sit, institutio non valet*; pero como ya la institución no tiene la misma consideración y transcendencia que en dichas legislaciones, ni es necesaria para la validez del testamento, no tiene que estar sujeta, como antes, á fórmulas previamente aceptadas por el legislador, y, por lo tanto, el testador puede usar de toda libertad respecto á la forma y á los términos de la institución, siempre que lo haga de modo que pueda venirse en conocimiento de la persona favorecida por ella cuando no la designare nominalmente.

Sin embargo, como la voluntad del testador es la ley por que ha de regirse la institución, debe constar ésta de una manera precisa, y por eso el artículo que examinamos exige que se exprese el nombre y apellido del instituído, y que cuando haya dos que los tengan iguales, se señale alguna otra circunstancia por la que pueda ser conocido, si bien no impone dicho requisito como indispensable para la validez de la institución, pues ésta surtirá todos sus efectos aunque se haya omitido la expresión citada, siempre que sea designado el heredero de modo que no pueda dudarse quién es.

En armonía con lo dispuesto en el artículo que comentamos, resuelven varios casos, estimados por alguien como dudosos, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1899, y las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 23 de Abril y 11 de Mayo de 1900 y 26 de Junio de 1901, declarando que puede determinarse perfectamente la personalidad del heredero, y es, por consiguiente, válida la institución cuando el testador llama á la herencia á una persona designándola per el apodo con que la conocía, si se prueba quién fuese, ó cuando instituye herederos á los hijos de determinados hermanos sin expresar el nombre de aquéllos, ó á los hijos que Dios fuere servido darle

en su matrimonio, pues en todos estos casos no puede dudarse de quiénes sean los instituídos. Véase también en el art. 750 la sentencia de 31 de Enero de 1899.

La razón de ese precepto fácilmente se comprende teniendo en cuenta que en el art. 750 sentó el Código justamente el principio general de la nulidad de toda disposición hecha en favor de persona incierta, y como tal debe ser considerada aquella que por los términos de su llamamiento no pueda venirse en conocimiento de quién sea, y por eso, para evitar dicha nulidad respecto de la institución, se previene que se haga la designación en la forma indicada en el párrafo primero del artículo, ó en otro caso, de modo que no pueda dudarse quien es el instituído.

La institución de heredero, como disposición que envuelve la representación hereditaria, necesita determinadas condiciones para su validez y efectividad, y si bien el Código se ha inspirado en el espíritu dominante hoy en las ciencias jurídicas de dar la mayor facilidad posible á la institución, y, en general, á los testamentos, impone, sin embargo, por la razón antes indicada, algunas reglas que han de regir su forma, las cuales constituyen el objeto del presente artículo y del 773, exigiéndose, además, que sea ordenada en testamento, pues si bien no existe una disposición especial en esta sección que así lo prevenga, se deduce, sin embargo, dicha necesidad del contexto del art. 672, según el que será nula toda disposición sobre institución de heredero hecha por el testador en cédulas ó papeles que no reunan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

La disposición de este artículo tiene sus precedentes en el derecho romano en la ley 9.ª, párrafo 8.º, tít. 5.º, libro 28 del Digesto, cuya doctrina siguieron las leyes 6.ª y 10 del tít. 3.º de la Partida 6.ª El proyecto de Código de 1851, que expresamente declaraba en su art. 625 no ser necesaria para la firmeza del testamento la institución de herederos, no consignó disposición alguna relativa á la forma en que debía llevarse á efecto; pero el de 1882 propuso disposición análoga al presente artícu-

lo, hallándose mantenido este criterio por las legislaciones extranjeras y por la juisprudencia de los tribunales.

El precepto indicado se ajusta, pues, á la doctrina corriente y al carácter que en los Códigos modernos tiene la institución de herederos, evidenciando los términos del mismo que el legisdor ha procurado con especial interés que haya siempre una determinación clara y patente de la persona favorecida por ella, bien se haga esa determinación por la expresión de su nombre y apellido, bien por cualquier otro medio cuando por haber distintas personas llamadas del mismo modo ó por haberlo omitido el testador no pudiera hacerse dicha determinación en esa forma.

En cuanto á las legislaciones extranjeras, encuéntranse también importantes concordancias en el art. 1056 del Código de Chile, en el 3343 y 3344 del de la Baja California, en el 3507 y 3508 del de Méjico y en el 3712 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 773

El error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir al instituído, ninguno será heredero.

La prescripción contenida en el párrafo 1.º de este artículo, es una consecuencia del principio que inspira el anterior, y ambos demuestran el respeto que al legislador ha merecido la voluntad del testador y el cuidado con que procura que dicha voluntad prospere, cualquiera que sea la forma en que haya sido expresada, siempre que pueda venirse en conocimiento de ella, aun cuando por error ó por otro motivo no resulten conformes con ésta los términos en que hubiere sido hecha la institución.

Como esa voluntad es la que ha de predominar, con perfecta

lógica establece el Código que el error no vicia la institución, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente quién sea el instituído. El mismo criterio, en cuanto á los efectos del error, siguió la ley 13, tít. 3.º de la Partda 6.ª; y concuerda también el precepto citado con el párrafo 29, tít. 20, libro 2.º de la Instituta.

Su objeto es asegurar y determinar la persona favorecida por la institución, y aunque algunos comentaristas consideran dicho precepto en pugna con la regla general consignada en el párrafo 1.º del art. 772, rectamente apreciados sus términos, así como la razón legal en que se inspiran y el fin perseguido por el legislador al establecerlo, desde luego se observa una perfecta conformidad y correlación entre ambas disposiciones, siendo lógica consecuencia del criterio adoptado por el Código respecto de la institución hereditaria, y, por lo tanto, de la regla general citada, la prescripción del párrafo 1.º de este artículo, según al principio expusimos.

La sanción consignada en el párrafo 2.º, privando de eficacia á la institución cuando no pueda distinguirse la persona del instituído por haber varias del mismo nombre y apellido y con igualdad de circunstancias, es una reproducción de nuestro derecho antiguo, puesto que la ley 10, tít. 3.º de la Partida 6.ª antes citada, declaró lo mismo, aunque en términos no tan explícitos como los del artículo que examinamos, y su precepto es tan conforme á los buenos principios jurídicos, que resulta innecesaria toda explicación sobre el mismo.

De las ligeras indicaciones que preceden, resulta que los efectos de la identidad de nombres y apellidos son: 1.º, hacer eficaz la institución si el testador expresa ó señala alguna otra circunstancia por las que pueda conocerse al instituído, *lo cual deberá hacerse necesariamente siempre que fuere posible, por ser preceptiva la disposición correspondiente del art. 773 del Código;* y 2.º hacer, por el contrario, ineficaz la institución si por haber identidad de circunstancias, y por la misma naturaleza de éstas no es posible distinguir cuál de las personas del mismo nombre y

apellido es á quien quiso el testador favorecer con su llamamiento.

El proyeecto de Código de 1882 proponía preceptos análogos (1), y varios Códigos extranjeros concuerdan también con el nuestro, si bien en éste se han refundido, en los dos apartados referidos, artículos y disposiciones que en otros forman preceptos independientes, viniendo de ese modo los autores de nuestro derecho á condensar y hacer más fácil la inteligencia de la doctrina en este punto.

El italiano, en su art. 836, previene que si la persona del heredero ó legatario hubiere sido indicada erróneamente, tendrá la disposición su mismo efecto cuando por el contexto del testamento ó de otros documentos ó hechos constantes, se demuestre cuál sea la persona que ha querido indicar el testador, y lo mismo debe tener lugar cuando la cosa dejada en testamento haya sido indicada ó descrita inexactamente, si se reconoce de una manera cierta cuál es la cosa de que el testador quiso disponer.

Como se ve, dicha legislación admite la prueba supletoria. Nuestro derecho no la prohibe tampoco para el efecto de esclarecer y determinar cuál sea en el caso del presente artículo la voluntad y la intención del testador; y con arreglo á los principios que rigen en la materia de prueba, ésta corresponderá al que pretenda ser tenido por heredero.

El Código de Portugal, en su art. 1837, establece la misma doctrina que el nuestro, puesto que, según él, *la equivocación del testador respecto de la persona del legatario ó de la cosa legada, no anulará el testamento si se pudiera demostrar claramente cuál era la intención del testador:* doctrina igualmente aplicable á la institución de herederos. Y por último, concuerda además este artículo con el 1057 del de Chile, el 824 del de Guatemala, el 3712 del de la República Argentina, el 3509 y 3510 del de Méjico, el 3345 y 3346 del de la Baja California, y algunos otros.

---

(1) Art. 774.

SECCION TERCERA

DE LA SUSTITUCIÓN

El testador no sólo puede designar los herederos que quiera que á su fallecimiento entren en el goce de la herencia, sino que además le es permitido por la ley hacer un segundo ó ulterior llamamiento para el caso de que el heredero ó los herederos instituídos, ó los legatarios favorecidos por el mismo, no quieran ó no puedan aceptar la herencia ó los legados, ó mueran sin poder disponer de sus bienes; y no sólo le autoriza para esto, sino que también puede dejar la herencia á una persona con encargo de entregarla á otra, total ó parcialmente.

Ese nuevo llamamiento que está facultado para hacer el testador, es lo que siempre se ha conocido con el nombre de *sustitución*.

Las indicaciones precedentes comprenden, dentro de sus breves términos, la definición más completa que puede darse de la sustitución. Ordinariamente la definen los autores refiriéndose tan sólo á los casos en que el instituído no quiere ó no puede aceptar la herencia, que es cuando realmente hay una personal transmisión del testador al sustituto; pero á más de esa sustitución *directa*, la ley ha reconocido otra *indirecta*, para cuando el instituído fallece en edad pupilar ó en estado de demencia, permitiendo al testador disponer para dichos casos los ordenamientos que tenga por conveniente respecto á la sucesión de los bienes, y aun autoriza que se haga ese segundo llamamiento para después de haber percibido la herencia el heredero instituído con la condición de entregar á otro el todo ó parte de ella. Estas dos últimas clases de sustituciones no estaban comprendidas en los límites de la definición general que hemos indicado como corriente entre los autores, y por eso la ampliamos con los conceptos expuestos en la última parte de la ligera noción con que encabezamos el estudio de la presente sección.

En realidad, la sustitución no es más que la institución sub·

sidiaria de un segundo ó ulterior heredero ó legatario, subordinada á otra institución principal dependiente de un suceso más ó menos cierto, ó mejor dicho, una institución condicional. No hemos de exponer ahora el fundamento de esta institución, por tener ya indicado el concepto que nos merece; pero no puede menos de reconocerse que en casi todas las legislaciones es admitida y que ha sido objeto de numerosas disposiciones para su mejor regulación.

En el derecho romano tuvo una gran importancia, por la necesidad y conveniencia que en aquella legislación implicaba la adición de la herencia. Las Partidas le consagraron las 14 leyes del art. 5.º de la Partida 6.ª, y la jurisprudencia de los Tribunales ha respetado y confirmado constantemente la doctrina establecida por dichas leyes. Seis clases de sustituciones admitía el estado de derecho anterior al Código, y eran conocidas con los nombres de *vulgar*, *pupilar*, *ejemplar*, *fideicomisaria*, *brevilocua* y *recíproca*. La primera de ellas era la que podía hacer cualquier testador al heredero instituído para el caso de que no llegase á serlo; la segunda, la que el padre hacía nombrando sustituto al hijo que tenía en su potestad, para el caso, de que, siendo heredero, muriese antes de llegar á la pubertad, y de adquirir, por lo tanto, la testamentifacción activa; la tercera, la que los ascendientes hicieran, nombrando sustituto á los herederos que tenían derecho á heredarlos y estuviesen imposibilitados para testar por haber perdido el juicio, para el caso de que muriesen sin recobrarlo y sin haber hecho testamento con anterioridad á la locura ó en un intervalo de lucidez; la cuarta, llamada también por los autores *indirecta*, tenía lugar cuando el testador instituía por heredera á una persona, encargándola que entregase á otra total ó parcialmente la herencia; la quinta, denominada igualmente *compendiosa*, no era más que la reunión en una sola fórmula de varios de los casos citados, y la última tenía lugar cuando se sustituían entre sí varios instituídos herederos.

Como se deduce de la exposición hecha, las seis clases de sustituciones reconocidas por la legislación anterior se reducen en

rigor á las cuatro primeramente citadas, siendo las dos restantes meras modalidades de las mismas. De esas cuatro formas primitivas de sustitución se ocupa el Código en la sección que vamos á examinar: pues si bien dicha institución perdió su especial carácter, desapareciendo el fin principal de su establecimiento desde que dejó de ser necesaria la institución de heredero y se permitió la compatibilidad entre las sucesiones testada é intestada, los autores del nuevo cuerpo legal, y antes que ellos la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, estimaron conveniente su mantenimiento como medio concedido al testador para satisfacer atendibles necesidades que de otro modo no podrían ser satisfechas.

Según veremos por el estudio que hemos de hacer de cada uno de los 16 artículos que constituyen esta sección, en ella se ha recopilado sin grandes modificaciones toda la doctrina consignada en las diferentes leyes de nuestro antiguo derecho, si bien se ha procurado evitar con especial cuidado los inconvenientes á que podía dar lugar, adoptándose con dicho objeto las disposiciones oportunas para impedir que indirectamente se eludan las limitaciones impuestas en orden á los llamamientos, ó que se repitan los abusos que frecuentemente llegaron á cometerse en lo antiguo.

ARTICULO 774

Puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituídos para el caso en que mueran antes que él, ó no quieran, ó no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, á menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

Refiérese este artículo á la sustitución denominada *vulgar* que es también la primera que se conoció en el derecho romano, del cual trae su origen, hallándose establecida para el caso de que el instituído en primer término no llegue á ser heredero. *Si*

haeris non erit, decía con su propia concisión aquella legislación, para determinar la causa de esta forma de sustitución, y desde luego se comprende que á dicha causa puede llegarse por dos motivos distintos, dependiente uno de la voluntad del heredero, y otro de su cualidad ó condición. En efecto, el heredero puede dejar de serlo por no querer aceptar la herencia ó por no poder recibirla en razón á su incapacidad ó indignidad para suceder *mortis causa*, y también por haber muerto antes que el testador, y ambos motivos se hallan comprendidos en la locución romana.

Discutían los autores (1) sobre las distintas fórmulas y los casos diferentes de la sustitución vulgar; pero hoy, después de la precisión y claridad del artículo que examinamos, han dejado de tener interés práctico las discusiones de los tratadistas en este punto.

La razón legal de esta forma de sustitución, como la de las restantes, derivada en la legislación romana de la necesidad impuesta por la misma de que hubiera un heredero que aceptase la herencia para que pudiera ser cumplida en todas sus partes la voluntad del testador; pues de lo contrario, la sucesión pasaba á los herederos abintestato, quedando sin cumplir las demás disposiciones independientes de la institución. Por esto y para facilitar la aceptación, se permitió al testador la sustitución, á fin de que si el instituído no entraba en la herencia, pudiera ésta pasar al llamado en segundo lugar. La importancia de la sustitución se hizo mucho mayor durante el régimen de las leyes caducarias, que limitaron considerablemente la testamentifacción pasiva y declararon la parte llamada caduca por la limitación del derecho de acrecer que las mismas establecieron como perteneciente al Estado en tiempo de Caracalla.

Permitida hoy la compatibilidad de las sucesiones testamentaria y legítima, no puede atribuirse ese fundamento á la sustitución; pues aunque el heredero no acepte la herencia, no por

---

(1) V. Voet, núm 12, tít, 6.°, libro 28; Gómez Var., resol. 1.ª, cap. 3.°, número 19; Morató, *Derecho civil español*, tomo 2.°, núm. 1171 y otros.

eso caducará el testamento como entre los romanos, sino que éste seguirá surtiendo todos sus efectos, según el art. 764, cumpliéndose con arreglo á él las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas con sujeción á las leyes, y pasando el remanente de los bienes á los herederos legítimos. En su virtud, el fundamento de la sustitución en la actualidad, como ha dicho un autor, estriba aparte de la conveniencia de que haya una persona que en representación del difunto cumpla lo mandado en su última voluntad, con la mayor libertad que por ella adquieren los testadores para socorrer necesidades y premiar servicio de individuos que, sin tener el primer lugar en nuestro corazón, son más dignos de nuestro cariño ó más acreedores á una recompensa que los herederos abintestato, á quienes sin ese recurso habría de pasar la herencia.

A pesar de esta razón legal, no todas las legislaciones sostienen la misma doctrina, pues mientras unas condenan las sustituciones y las prohiben como tales, otras las admiten bajo todos sus aspectos ó en alguna de sus diferentes formas. En efecto, el Código francés, en su art. 896, prohibe la sustitución en general, si bien el 898 admite indirectamente la *vulgar*. El de Italia (1), el del Uuruguay (2), el de Méjico (3) y de Guatemala (4), prohiben la sustitución fideicomisaria: el de Bolivia restringe la *vulgar*, la *pupilar* y la *ciemplar*, y proscribe la fideicomisaria: el de Portugal admite también las tres primeras y prohibe en su art. 1867 la cuarta, pero deja á salvo la de los padres en los bienes disponibles en favor de los nietos nacidos ó por nacer, y las que se refieran á los descendientes en primer grado de los hermanos del testador: el de Austria reconoce la *vulgar*, la *fideicomisaria*, y el *fideicomiso*, distinguiendo éste de la sustitución *fideicomisaria* respecto de la cual dispone en su art. 611, que no tiene límite alguno á no ser que recaiga en persona que todavía

(1) Art. 899.
(2) Art. 287.
(3) Art. 2631.
(4) Art. 832.

no haya nacido, declarándose además, por el art. 618, que el fideicomiso consiste en el destino que se da á unos bienes, para que siempre ó por tiempo determinado queden vinculados en una familia, con prohibición de ser enajenados. El Código bávaro admite las sustituciones *pupilar y ejemplar* del derecho romano, la *vulgar* según la legislación francesa, y en las demás se acomoda á la austriaca; y por último, en Inglaterra puede imponerse al legatario ó donatario la condición de que cuando ocurra su muerte, pasen los bienes á uno ó varios sustitutos, existentes cuando se hizo la donación, ó á los descendientes que pudieran nacer durante veintiún años después de la muerte de los legatarios ó donatarios.

En el derecho de *Castilla*, las leyes del tít. 5.° de la Partida 6.ª, tomaron de las romanas la doctrina sobre sustitución, ocupándose especialmente de la *vulgar, pupilar* y *ejemplar*, cuyos preceptos fueron sancionados constantemente por la jurisprudencia, y en cuanto á la legislación foral, muy pocas son las diferencias que se observan. En *Cataluña* están en uso las tres formas indicadas, con algunas variantes, especialmente la *pupilar*, y el padre, en uso de la libertad de testar que goza, instituye generalmente por heredero universal á uno de sus hijos en las tres cuartas partes de la herencia, y le da por sustituto otro hijo para el caso de que el primero muera sin descendientes, ó éstos no lleguen á la edad de testar, si los tuviere: úsase también la sustitución *in diem*, que es la que se hace para corto término, que comúnmente se contrae al fallecimiento de heredero. En *Aragón* se conocen la *vulgar* y la *fideicomisaria*, á tenor del derecho romano, explicándose que no se encuentre establecida la *pupilar* porque hubiere carecido de fundamento. En *Navarra* las leyes romanas suplen la deficiencia de su peculiar derecho, si bien se observan algunas disposiciones especiales que amplían la doctrina (1), dejando, sin embargo, á salvo las reglas fundamentales del *Corpus juris* sobre la materia.

(1) Véanse las leyes 11 y 14 del tít. 13, libro 3.° de su Novísima Recopilación.

De la reseña que hemos hecho resulta que, de las diversas formas de sustitución, la más comúnmente admitida y aquella en que más conforme aparece la doctrina, es la *vulgar*, objeto del presente artículo.

Cuando el testador instituye por heredero á su consorte, y á falta de éste, á sus hermanas, sucediéndose unos á otros, caso de fallecimiento, existe en primer término una sustitución vulgar para el caso de que dicho consorte premuriese, y después, un llamamiento de las hermanas á la herencia para después de la muerte del primer instituído que no implica la existencia de un verdadero fideicomiso. (Sentencia de 13 de Octubre de 1896.)

Véase en el comentario del art. 759 la sentencia de 11 de Abril de 1905.

Con relación á este artículo, aunque sin sentar doctrina importante, se ha dictado también la Resolución de la Dirección de los Registros de 4 de Diciembre del citado año 1905.

No hemos de detenernos á examinar las ventajas ó los inconvenientes que puede reportar su mantenimiento, pues no estudiamos esta institución en derecho constituyente, sino en el constituído, y hallándola aceptada por nuestro Código, huelga en el comentarista toda consideración sobre tal extremo. Sin embargo, con arreglo á los principios eclécticos en que se ha fundado nuestra labor codificadora, no podemos menos de reconocer que, si bien se presta á abusos é inconvenientes, por efecto de los cuales puede llegar á disponerse de los bienes en modo tal que mate la libertad racional de la propiedad, convirtiendo la institución hereditaria en verdaderos mayorazgos ó en aquellos testamentos de confianza que tantos pleitos originaron, puede, sin embargo, producir los mejores resultados la sustitución, especialmente la *simple*, evitando la sucesión abintestato, á que por el hecho de la sustitución se muestra refractario el testador.

Los términos de este artículo son claros y terminantes, y á nuestro juicio, no pueden dar lugar á duda alguna. No eran enteramente conforme á ellos los de los artículos 629 y 630 del

proyecto de 1851, en los cuales se declaraba, como en el Código de la República Argentina, que la sustitución *vulgar* era la única reconocida por la ley. Por el contrario, tienen gran relación y conformidad con el presente artículo el 775 del proyecto de 1882. Algunos precedentes históricos se encuentran en varias leyes del Digesto y muy particularmente en las 2.ª y 8.ª, tít. 5.º de la Partida 6.ª, que definen las sustituciones y se ocupan de la llamada *vulgar*; concordando además dicho artículo con el 1156 y 1157 del Código de Chile, el 820 y 821 del de la República del Uruguay, el 1858 del de Portugal, el 3439 y 3442 del de la Baja California, el 895 y 896 del de Italia, el 3621 y 3624 del de Méjico y el 3724 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 775

Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

El precepto de este artículo se refiere á la sustitución *pupilar* en virtud de la que puede decirse que el padre hace su testamento y el del hijo impúber, puesto que le nombra un heredero. Dicha forma de sustitución fué establecida por el derecho romano después de la *vulgar*, para el caso de que el instituído que llegase á ser heredero, falleciere sin testamento por no haber llegado á la pubertad: *Si haeres non erit et ante pubertatem decesserit*.

En un principio esta forma respondió, como ha dicho un autor, á la necesidad de proteger la persona del impúber, para lo cual el jefe de familia hacía uso de las amplias facultades de la patria potestad. La herencia del huérfano que moría sin llegar á la edad establecida para adquirir la testamentifacción activa, pasaba por ministerio de la ley á sus más próximos parientes, y siendo esto un incentivo de la codicia de los herederos legítimos, dió lugar en aquellos tiempos de depravación de las costumbres

á no pocas asechanzas y atentados contra la vida del causante. La necesidad de impedir tales abusos motivó dicha clase de sustitución; pero con el tiempo se reconoció que no sólo es la salvaguardia de la persona del impúber, sino además un poderoso medio de evitar la sucesión intestada á beneficio de la misma familia á que el causante pertenece.

Por virtud de la sustitución *pupilar* se transfiere al sustituto, además de los bienes que pertenecen al testador, el patrimonio del impúber; pero este principio, derivado de la legislación romana, no fué estrictamente aceptado por los intérpretes del derecho patrio, entendiendo que, según es de presumir de la voluntad presunta del testador, debe ser preferido el derecho de la madre en los bienes del hijo impúber y concedérsele, por tanto, conforme á la ley 6.ª de Toro, los dos tercios de la herencia por vía de legítima.

Las leyes 1.ª y 5.ª del tít. 5.º de la Partida 6.ª, trajeron á nuestro derecho los principios que regían la sustitución pupilar entre los romanos, aunque sin darle toda la extensión que en aquella legislación tenía: así es que en nuestras leyes no se daba esa facultad á los abuelos cuando éstos no tenían ya la patria potestad sobre sus nietos, ó sea desde que, por la publicación de las leyes de Toro, los hijos vinieron á emanciparse del poder paterno por virtud del matrimonio. Reconocida después la patria potestad á la madre lo mismo que al padre, el Código ha venido á otorgar esa facultad á los padres, reproduciendo el derecho anterior, sin más novedad que la de haber suprimido la diferencia de edad por razón del sexo, siguiendo el criterio aceptado anteriormente para la determinación de la capacidad para testar, así como para la fijación de la mayor edad.

No sólo los padres, sino también los demás ascendientes, pueden nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de alcanzar dicha edad, que según tenemos dicho, es la fijada para la testamentifacción activa.

En Cataluña, la constitución 3.ª, libro 6.º, introdujo una res-

tricción en la sustitución pupilar, ordenando respecto á los bienes maternos, que el nombramiento de sustituto debe recaer en alguno de los parientes de la línea materna, y no en favor de otras personas.

El proyecto de Código de 1882 (1) proponía análogos preceptos, si bien extendía hasta los diez y seis años la época en que para ambos sexos podrían los padres utilizar la facultad de nombrar herederos sustitutos á sus hijos; y en cuanto á las legislaciones extranjeras, se encuentran diversas concordancias con el precepto del presente artículo, mereciendo en tal concepto especial mención el art. 1859 del Código de Portugal, que es esencialmente igual al nuestro, el 3625 del de Méjico y el 3443 del de la Baja California, si bien en éstos se siguen los principios del antiguo derecho, señalándose la edad de doce años para las hembras y de catorce para los varones, concordando también dicho artículo con el 948 del de Veracruz y el 2203 del de Sajonia.

ARTÍCULO 776

El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón.

A más de las sustituciones *vulgar y pupilar*, el Código ha reconocido igualmente la llamada *ejemplar*, que es conocida también con el nombre de *cuasi pupilar*, por su semejanza con la anterior, estando consagrado el presente artículo á la regulación de dicha forma de sustitución.

Fué establecida ésta por Justiniano, á imitación de la *pupilar*, para el caso de que el heredero instituído falleciese en esta-

(1) Art. 776.

do de incapacidad que le impidiese testar por sí mismo: *Si hæres erit in furore decesserit*. Por virtud de ella el sustituto percibe, como en la *pupilar*, los bienes del testador y del incapacitado, si éste falleció sin poder otorgar testamento.

Tanto el derecho romano como el patrio establecían diferencias entre los nombramientos de los sustitutos y los efectos de la sustitución *pupilar* y *ejemplar*, como consecuencia de sus respectivos fundamentos, entendiéndose que aquélla estaba basada en la patria potestad y ésta en el afecto hacia el incapacitado; pero el Código ha equiparado en este punto ambas sustituciones.

Tiene sus precedentes en el derecho romano la sustitución *ejemplar* en la ley 9.ª, tít. 26, libro 6.º del Código, y en el párrafo 1.º, tít. 16, libro 2.º de la Instituta. De dichas leyes pasó á las de Partidas, ocupándose de ella la 1.ª y 11 del tít. 5.º de la Partida 6.ª, en la segunda de las cuales se estableció que pudieran dar sustitutos al incapaz los padres, las madres ó los abuelos, ampliándose esta facultad por el Código civil en el párrafo 1.º del artículo que examinamos, en el sentido de ser concedida en general á todos los ascendientes.

El precepto del párrafo 2.º de dicho artículo es una consecuencia del criterio seguido por el Código respecto al testamento otorgado por el demente, y como ampliación del presente puede verse lo expuesto en el comentario de los arts. 663 y 665. Según dicho criterio, el testamento otorgado por el demente en un intervalo de lucidez, es válido y produce todos sus efectos legales, en cuya virtud la institución de heredero legalmente hecha en dicho testamento tiene que hacer ineficaz la sustitución *ejemplar* llevada á cabo por los ascendientes del testador, toda vez que la virtualidad de la misma, como la de la sustitución pupilar, depende de que el sustituído muera sin otorgar disposición testamentaria por no haber alcanzado la capacidad necesaria para ello.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 777, proponía preceptos análogos, y concuerda además este artículo con el 1861

del de Portugal, el 2203 del de Sajonia, el 3626 y 3628 del de Méjico, 3444 y 3445 del de la Baja California, viniendo á formar los dos artículos citados de cada uno de estos dos últimos Códigos la integridad del que examinamos, pues mientras en los primeros de ellos se previene que el ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que conforme á derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental, diciendo que esto es lo que se llama sustitución ejemplar, en los segundos de los artículos mencionados, como en el 1862 del Código portugués, se expresa que la sustitución ejemplar queda sin efecto si el incapacitado recobra la razón y se declara así por sentencia judicial.

La ley, para dar lugar á esta sustitución, impone la condición de ser mayor de catorce años la persona que haya de ser sustituída, porque antes de esa edad, ni el demente, ni el que gozare de sano juicio, puede tener capacidad para testar, según el núm. 1.° del art. 663 de este Código, y en dicho caso lo que procedería sería la sustitución *pupilar*. Por el contrario, la esencia misma de la ejemplar requiere que el sustituído se halle en estado de ser capaz para testar, pero que deje de serlo por razón de la incapacidad declarada. No basta que dicho sustituído incurra en demencia, sino que, según los claros términos del artículo, es preciso que esa incapacidad sea declarada en forma, ó sea con arreglo á derecho.

De las indicaciones que preceden resulta que, para la sustitución *ejemplar*, es indispensable la concurrencia de los tres requisitos siguientes: 1.°, que la persona que haya de ser sustituída sea mayor de catorce años; 2.°, que haya incurrido en incapacidad por enajenación mental; y 3.°, que esa incapacidad haya sido declarada con arreglo á derecho.

ARTÍCULO 777

Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituído tenga herederos forzosos,

sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.

Habiendo sido establecida la sustitución en sus diferentes formas con el principal objeto de evitar la sucesión intestada, desde luego se comprende que no podían ser admitidas en perjuicio de tercero que tuviera derecho á la herencia por razón de legítima, y el presente artículo viene á declararlo así, haciendo respetar esos derechos legitimarios, que tanta consideración han merecido siempre al legislador y que no pueden ser mermados ni gravados en lo más mínimo con traba ni condición alguna.

No faltan, sin embargo, comentaristas que censuran el precepto de este artículo como atentatorio á los derechos de los descendientes, entendiendo que las sustituciones debieran quedar ineficaces en su totalidad cuando el sustituído tuviera herederos forzosos y que éstos heredasen abintestato á su causante en la integridad de todos sus bienes, fundándose para ello en que, de lo contrario, vendrían á ser perjudicados por una disposición que no es hecha por la persona á quien suceden y cuyos derechos representan, sino por un tercero, lo cual se opone á la condición personal que debe tener el testamento y á los derechos sucesorios que el descendiente tiene sobre los bienes del ascendiente.

No necesitamos detenernos en la refutación de esta opinión.

Basta para ello recordar cuanto tenemos dicho en explicación de los motivos que se tuvieron en cuenta para mantener en el nuevo cuerpo legal el principio de las legítimas, pues las indicaciones entonces hechas demuestran sobradamente que si, en efecto, existe una razón legal imperiosa que justifica el respeto á la legítima en toda sucesión, y que obliga al legislador á imponer dicho respeto como precepto sancionador de la ley, no hay ni puede haber motivo alguno para sustraer toda la herencia de la voluntad expresa ó tácita del testador, en cuya voluntad y en cuyo lugar se sustituye por una ficción legal el que ordena dicha sustitución.

El derecho romano tenía establecido, en cuanto á la sustitución *pupilar*, que el sustituto fuese heredero de todos los bienes del instituído (1); pero respecto de la *ejemplar* era diversa la opinión de los comentadores, fundándose unos en la ley 7.ª, § 1.º, título 7.º, libro 5.º del Código, y otros en la Instituta. La ley 7.ª, título 5.º de la Partida 6.ª, acogió la doctrina primeramente citada, dando una extensión indebida á las sustituciones *pupilar* y *ejemplar;* pero la ley 6.ª de Toro inserta en la 1.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, reformó tales principios, sosteniendo con razón una teoría muy distinta de aquellos precedentes, que es la que ha servido de norma al presente artículo.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 778, proponía que las sustituciones sólo fueran válidas cuando el sustituído careciera de herederos forzosos, aceptando la teoría de los que opinan que no caben sustituciones allí donde hay herederos que por ministerio de la ley deben venir á suceder al causante de la sucesión, cualesquiera que sean su situación y circunstancias; pero por las razones antes indicadas no prosperó en este punto dicho proyecto, respetándose la doctrina establecida por las leyes de Toro y sancionada por la jurisprudencia, que constituía el derecho vigente á la publicación del Código.

Concuerda este artículo con el 3627 del Código de Méjico, el 2207 del de Sajonia, el 1863 del de Portugal y el 838 del de Guatemala.

ARTÍCULO 778

Pueden ser sustituídas dos ó más personas á una sola; y al contrario, una sola á dos ó más herederos.

ARTÍCULO 779

Si los herederos instituídos en partes desiguales fueren sustituídos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser

(1) Ley 10, § 5.º, tít. 6.º, lib. 28 del Digesto.

que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

ARTÍCULO 780

El sustituído quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituído, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituído.

En estos tres artículos consigna el Código las reglas comunes por las que se rigen las sustituciones *vulgar*, *pupilar* y *ejemplar*.

Admitida la sustitución, preciso era sostenerla en la forma expuesta en el primero de dichos artículos, cuyo precepto es consecuencia de los principios aceptados respecto de la institución de herederos, pues así como éstos pueden ser uno ó varios, según la libre voluntad del testador, del mismo modo, y con igual libertad está facultado éste para designar al instituído ó á los instituídos uno ó más sustitutos.

La disposición contenida en este artículo tiene sus precedentes en el § 1.°, tít. 15, libro 2.° de la Instituta, con el cual conviene, y mantenida fué siempre por nuestra legislación. Respecto de este extremo la jurisprudencia tenía declarado que cuando se nombrase un sustituto á dos instituídos que falleciesen sin hijos, la muerte de uno de ellos no facultaba á aquél para reclamar la mitad de la herencia (1).

El proyecto de 1851, en su art. 631, y el de 1882, en el 779, propusieron también preceptos análogos, y tan conforme á derecho es la regla contenida en dicho artículo, que se halla en perfecta concordancia con lo establecido acerca de este particular en casi todas las legislaciones extranjeras, pudiendo citarse en prueba de ello el art. 895 del Código de Italia, el 1159 del de Chile, el 1858 del de Portugal, el 822 del de Uruguay, el 832 y

(1) Véase la sentencia de 16 de Junio de 1858.

833 del de Guatemala, el 3621 del de Méjico, el 3439 del de la Baja California, el 937 del de Nápoles, el 1218 del de Colombia, el 3726 del de la República Argentina.

El principio jurídico sancionado por tal artículo es el mismo consignado en la Instituta: *Plures in unius locum possum substitui, vel unus in plurium*, y puesto que su misma claridad y la autoridad que le presta tan general aceptación excluyen la posibilidad de toda duda, no necesitamos insistir más, pues huelga toda nueva consideración para su recta inteligencia.

La regla consignada en el segundo de los artículos que examinamos se deriva igualmente del criterio seguido por el Código en cuanto á la institución conjunta de varios herederos y del respeto á la voluntad presunta del testador.

Siguiendo la doctrina sancionada por la ley 17, tít. 3.º de la Partida 6.ª, el Código declaró que heredasen por partes iguales los herederos instituídos cuando el testador no hubiere hecho designación de lo que hubieran de heredar; pero si éste les instituyera en parte alguna determinada, ésta sola es la que deben percibir, á no ser que resultasen perjudicados sus derechos legitimarios, y esta regla es la misma que rige para los sustitutos.

Viniendo éstos á subrogarse en el lugar del heredero á quien sustituyen, claro y evidente resulta que sólo tendrán derecho á percibir aquella porción determinada de la herencia concedida por el testamento al sustituído, en el caso de que los llamados á la herencia lo fueran por partes desiguales, puesto que el sustituto no puede adquirir por la sustitución más derechos que los que correspondieran al sustituído. Este principio tiene igual fundamento en el caso de ser los sustitutos personas extrañas á los instituídos, que en el de ser designados éstos recíprocamente por sustitutos los unos de los otros, toda vez que la cualidad de herederos concurrente en los llamados á sustituir, no altera ni modifica en lo más mínimo la condición jurídica de los mismos ni los efectos de su llamamiento; pero como pudiera suscitarse alguna dificultad en su inteligencia, en el caso de ser dos los herederos instituídos desigualmente, por la contradicción que pu-

diera suponerse entre la voluntad manifiesta del otorgante de hacerlos de distinta condición y el resultado que la sustitución había de ofrecer, los autores del Código procuraron cuidadosamente evitar toda duda, prescribiendo expresamente que los sustitutos en tal supuesto sólo tendrán por la sustitución la misma porción ó parte que los instituídos por la institución.

En el caso de ser varios los herederos instituídos en partes desiguales, designados recíprocamente como sustitutos, dicha dificultad desaparece, y la porción del que no llegare á ser heredero se dividirá entre los demás instituídos á prorrata del haber respectivamente asignado á los mismos en la herencia.

Algunos expositores de nuestro moderno derecho, atendiendo más que al espíritu del Código en este punto, á sus precedentes romanos (1), entienden que, si bien la cualidad personal de heredero de la sucesión, concurrente en el designado como sustituto, no altera ni modifica su condición jurídica, según hemos dicho, existe, sin embargo, en este caso una razón poderosa que se impone con imperio absoluto para prescindir de la regla general, cuya razón no puede ser desatendida por el legislador. Esto es la presunción, nacida de los términos de la institución, de que el testador, al favorecer distintamente á los herederos llamándolos á la herencia en porciones ó partes desiguales, quiso hacerlos de igual condición en la sustitución que en la institución, deduciendo de aquí que debe subsistir para aquélla la misma desigualdad y diferencia que el otorgante estableció para ésta.

Algunos Códigos extranjeros (el de Méjico, el de la Baja California, el de la República Argentina y el de Uruguay), parecen confirmar y autorizar esta opinión. Según ella, el sustituto debe percibir por este concepto únicamente una cantidad ó porción de la herencia igual á la que al mismo corresponda como heredero; pero examinada detenidamente esta cuestión, se observa desde luego que la solución indicada es contraria á la na-

(1) Ley 24, tít. 6.°, libro 28 del Digesto; § 2.°, tít. 5.°, libro 2.° de la Instituta, y ley 1.ª, tít. 26, libro 6.° del Código.

turaleza de la sustitución, y no sólo se falta en ella á la reciprocidad que debe existir entre los recíprocamente establecidos por sustitutos, sino que además puede conducir al absurdo en sus consecuencias.

En efecto, por la sustitución el sustituto se subroga en la personalidad y en los derechos del instituído; y por virtud de esta subrogación, no puede adquirir otra cosa que aquella porción hereditaria que al sustituído correspondiera. Este principio cardinal de la sustitución, así como el fin principal de la misma quedarían contrariados é ineficaces por la doctrina que dichos expositores sostienen. Un ejemplo bastará para demostrarlo prácticamente. A., instituído por el testador en dos terceras partes de la herencia, y B., en el resto, son designados recíprocamente como sustitutos el uno del otro; y según la opinión que impugnamos en el caso de no llegar á ser heredero A., sólo podría percibir B. por la sustitución la mitad del haber asignado al sustituído, quedando sin aplicación un tercio de la herencia, respecto del cual habría de darse lugar á la sucesión intestada, siendo así que el propósito del causante al establecer la sustitución, y el fin perseguido por la misma es evitar dicha sucesión. Por el contrario, en el caso de no ser heredero B y sustituirle A., no podría tener aplicación la regla mantenida por los sostenedores de dicha doctrina, por no haber parte bastante de la herencia para asignarle como sustituto otra porción igual á la señalada al mismo como heredero; y aunque la hubiera, por ser varios los instituídos no sustituídos, tampoco habría medio de observar dicha regla, porque B. no podría nunca transmitir á su sustituto más derechos que los que él tuviera en la herencia.

El sustituto viene á la sucesión por virtud del llamamiento subsidiario hecho á su favor y con independencia del derecho propio que por su institución de heredero pudiera tener en la herencia; y, por lo tanto, esta cualidad no puede influir en los efectos de la sustitución; y si bien puede presumirse que el testador no habría de querer hacerlos de mejor condición como sustitutos que como herederos, esta voluntad *presunta* del causante

resulta plenamente atendida, dividiendo entre los sustitutos la parte del sustituído á prorrata del haber que á cada uno de aquéllos corresponda en la herencia.

Sin embargo, como la voluntad del testador es la ley que debe regir la sucesión, el artículo á que nos referimos salva la dificultad que pudiera ofrecerse en el caso de hallarse dicha voluntad en contradicción con la regla citada, exceptuando de su precepto aquellas sucesiones en que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Según hemos visto, la disposición del art. 799 tiene sus precedentes históricos en la legislación romana y en la ley 3.ª, título 5.º de la Partida 6.ª, y tanto el proyecto de Código de 1851, como el de 1882, propusieron preceptos análogos, demostrando así la uniformidad de la doctrina dentro de nuestro derecho positivo. Concuerda además dicho artículo con el 1865 del de Portugal, el 898 del de Italia, el 1219 del de Colombia y el 2193 del de Sajonia.

La regla consignada en el tercero de los artículos objeto de este comentario, decide una antigua controversia sostenida por los intérpretes, tanto de nuestro derecho como del romano, acerca de si la condición impuesta en la institución al heredero debía ó no entenderse repetida en la sustitución en cuanto al sustituto.

La palabra *sustituído* se halla empleada en dicho artículo como sinónima de sustituto, y desde luego se comprende así, pues de lo contrario carecería de sentido y objeto su precepto. Si el sustituto adquiere por la sustitución lo que el instituído hubiera percibido, subrogándose en la persona de éste, natural es que lo adquiera en las mismas condiciones y cargas impuestas al heredero, porque no hay razón alguna para presumir siquiera que el testador quisiese favorecer más al sustituto que al heredero, y á este criterio obedece la decisión de la ley en el expresado artículo.

Lo contrario no sería una verdadera sustitución; pero si el testador dispusiera otra cosa, como su voluntad es ley suprema

de la sucesión, habrán de atenerse las partes á lo ordenado por él, y por eso el artículo deja á salvo este caso, así como exceptúa también con perfecta lógica y plena razón la hipótesis de que las condiciones ó gravámenes impuestos al heredero sean meramente personales del instituído, pues en este caso no es posible la subrogación en ellas, por no haber medio de que otra persona reuna las especiales circunstancias en consideración á las cuales se hiciera la institución, debiendo eximirse de dichas personalísimas condiciones, porque de no ser así, habría de quedar ineficaz la sustitución.

Como precedentes de dicho artículo, pueden citarse las leyes 74, libro 30; la 77, libro 31, y la 108, libro 35 del Digesto. El proyecto de Código de 1851 en su art. 634, y el de 1882 en el 781, propusieron también preceptos análogos, y concuerda además con el 3729 del Código de la República Argentina, el 1061 del de Chile, el 897 del de Italia, el 1864 del de Portugal, el 3629 del de Méjico, el 3446 del de la Baja California, el 825 del de Uruguay, el 946 del de Veracruz y el 1220 del de Colombia. El Código de Austria por el contrario, no distingue entre cargas y condiciones personales ó no personales, disponiendo en su art. 606 que las cargas impuestas al primer heredero deben ser soportadas igualmente por el sustituto que entra en posesión. El de Nápoles, diferenciando las cargas de las condiciones, dice que los sustitutos estarán sujetos á las mismas *cargas* que los instituídos; pero que las condiciones impuestas á la institución ó legado, no se presumen repetidas en la sustitución, á no ser que expresamente así se determine. Finalmente, el de Sajonia en su art. 2590 preceptúa que la condición impuesta al heredero no se considerará obligatoria al sustituto si así no se expresare especialmente.

ARTÍCULO 781

Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y

surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

El presente artículo y los cinco siguientes se refieren á la sustitución *fideicomisaria*, la cual ha sido objeto de la principal reforma introducida por el Código en la materia de sustituciones.

Llámase *fidecomisaria* ó *indirecta*, la sustitución, cuando el testador instituye por heredera á una persona, encargándola que entregue á otra la totalidad ó parte de la herencia. El instituído con dicha condición se llama heredero fiduciario, y el que ha de recibir de él los bienes del testador es conocido con el nombre de *fideicomisario*.

La definición dada nos permite distinguir desde luego las diferencias existentes entre los fideicomisos antiguos y los reconocidos por las legislaciones modernas, pues aquéllos eran considerados como modos universales de adquirir la herencia, y éstos no son más que maneras ó formas especiales de sustituciones.

De origen romano, la sustitución fideicomisaria se hizo obligatoria en tiempo de Augusto, pues si bien antes estaba aceptada por la costumbre, hasta entonces no fué reconocida por la ley; debiendo su nacimiento á las dificultades que á los testadores imponía para el otorgamiento de sus testamentos la necesidad de las formas solemnes establecidas por dicha legislación, y la imposibilidad que tenían la mayor parte de los ciudadanos para llevar á efecto este solemne acto de la vida. En virtud del fideicomiso, el heredero fiduciario venía obligado á entregar la herencia al fideicomisario, cumpliendo de este modo la voluntad del fideicomitente, para lo cual tenía la obligación de formar inventario de los bienes recibidos.

La ley 14 del tít. 5.º de la Partida 6.ª admitió dicha institución, y por la 8.ª, tít. 11 de la misma Partida, se dió fuerza y eficacia al senadoconsulto Trebeliánico, por el que, para estimular la aceptación de la herencia en la sustitución fideicomisaria,

se concedió al heredero fiduciario el derecho de detraer para sí la cuarta parte de los bienes de la herencia antes de transmitirlos al fideicomisario.

El heredero fiduciario que detraía dicha cuarta parte, debía imputar en pago de la misma las cosas que el testador le hubiere dejado y los frutos percibidos de la herencia antes de la restitución; y obligado estaba también á pagar á prorrota las deudas del difunto juntamente con el fideicomisario. La jurisprudencia tenía establecido que el heredero universal de confianza y vitalicio, hacía suyos los frutos de la herencia, y cuando estuviera relevado por el testador de las cuentas, nadie podía pedírselas (1).

Publicadas las leyes desvinculadoras, según las cuales pasaban á la condición de libres los bienes vinculados por medio de los usufrutos y fideicomisos perpetuos ó por cualquier otro semejante, no por eso dejaron de existir los fideicomisos, si bien con el carácter de temporales, estando limitada su duración á determinado número de grados ó sucesiones; y es de notar la sentencia de 21 de Octubre de 1862, según la que la prohibición de enajenar la herencia y de detraer la cuarta trebeliánica, así como la preferencia de línea, grano, sexo y edad, ordenadas por el testador, no inducen la presunción de perpetuidad, sino que ésta ha de entenderse circunscrita para que la herencia pase de uno á otro de los llamados, siendo, por lo tanto, válidas, y eficaces las disposiciones hechas con las limitaciones y condiciones indicadas.

También merece especial mención la sentencia de 10 de Marzo de 1863, en la que se estableció que si en un testamento se ordenara que sucedieran los descendientes con la condición de que ni éstos ni los primeros instituídos pudieran enajenar, para que los bienes se conservaran perpetuamente en la familia, habría que considerar que el testador quiso establecer una fundación vincular, sujeta á las prescripciones de la ley de 11

(1) V. sentencias de 1.° de Agosto de 1848 y 21 de Abril de 1860.

de Octubre de 1820, y demás publicadas para su conveniente desarrollo y complemento.

La ley de 11 de Mayo de 1888, al establecer las bases para la formación del Código, previno en la décimasexta de ellas que serían materia de reforma, en primer término, en cuanto al derecho sucesorio, las sustituciones fideicomisarias, disponiendo que no pasaran, ni aun en la línea directa de la segunda generación, á no ser que se hiciere en favor de personas vivas al tiempo del fallecimiento del testador. Con estas restricciones proponíase la ley evitar en lo sucesivo los abusos hasta entonces producidos, é inspirándose en dicho criterio, el nuevo cuerpo legal aceptó, aunque con las modificaciones convenientes, la legislación vigente á su publicación, declarando válidas en el artículo que examinamos las sustituciones fideicomisarias, limitando su eficacia con las restricciones impuestas en dicha base.

Con dicho fin, además, el legislador ha procurado reunir cuidadosamente en este artículo y en los siguientes, ya citados, todas aquellas reglas que han parecido más apropiadas para regir y regular esta materia de suyo tan difícil y complicada, apareciendo del mero examen de dichas reglas, que algunas de ellas, por la justicia de sus disposiciones y por la razón legal á que obedecen, pueden contribuir y contribuirán con seguridad completa y con toda eficacia á hacer cesar y desaparecer muchas de las cuestiones y de los litigios que frecuentemente solían suscitarse en la práctica, con ocasión de los fideicomisos ó de las sustituciones fideicomisarias, y á que se cumpla la esencia y el fin de los mismos; ó sea que tenga efecto la voluntad del fideicomitente, pasando al fidecomisario todo lo que aquél quiso que pasase al mismo, á cuyo efecto se previene que adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del causante aunque le premuera el fiduciario para no hacer depender su acción de la de éste.

Discuten los autores acerca de las ventajas ó inconvenientes de los fideicomisos. Algunos consideran conveniente dicha institución para la prosperidad de la familia, concentrando en

ella los bienes y poniéndolos al abrigo de las eventualidades del porvenir. Le escasez de inteligencia, dicen, la ligereza de carácter, el orgullo, la prodigalidad ó el desmedido afán de lujo, pueden influir poderosamente en la pérdida del patrimonio, aconsejando la necesidad de la sustitución fideicomisaria, que estiman como complemento de la libertad de testar y estímulo poderoso para fomentar la riqueza, manteniendo las tradiciones, el nombre y el lustre de las familias en beneficio de éstas y del Estado. Por el contrario, otros los combaten aun después de haber perdido su carácter de perpetuidad, considerándolos como contrarios á la libertad de la propiedad y al principio de que debe ser personalísima la facultad de testar. Rigot Preaumeneau, no teniendo en cuenta más que los abusos ocasionados por el fideicomiso perpetuo, comprendió en sus censuras y envolvió en la común proscripción á las sustituciones fideicomisarias. Otros muchos autores pudiéramos citar, tanto extranjeros como nacionales, que impugnan dicha forma de sustitución; pero no hemos de entrar en este terreno, pues como ya hemos dicho, basta que se halle consignada en el derecho positivo para que el comentarista la tenga por aceptada, y porque, á pesar de los inconvenientes de la forma fideicomisaria, con las limitaciones impuestas por el Código, puede aún producir provechosos resultados.

Varias son las dudas que ha ofrecido la inteligencia de este artículo á los intérpretes de nuestro derecho. La primera de ellas se refiere á la capacidad necesaria para ser fiduciario y fideicomisario; y con tal motivo preguntan: ¿quiénes pueden ser instituídos en dichas condiciones? En cuanto al primero, no puede, á nuestro juicio, ofrecerse dificultad alguna, pues la misma ley le llama heredero, y tal concepto tiene, aunque con la limitación de no poder disponer de los bienes hereditarios hasta el momento de hacer entrega al fideicomisario, y, como todo heredero, necesita para serlo, válida y eficazmente, que tenga la capacidad exigida en general para suceder *mortis causa*.

Respecto del fideicomisario, el Código no dice qué capacidad

deba tener, pues la solución de esta cuestión es bien sencilla, pues como el sustituto es un heredero de segundo grado, precisamente han de concurrir en él las mismas circunstancias y cualidades exigidas á los herederos: lo contrario sería hacer de mejor condición al sustituto que al instituído, en cuyo lugar se subroga y sustituye. Por lo tanto, el sustituto, para serlo legalmente y para que surta efectos jurídicos su llamamiento, necesita tener la capacidad necesaria para ser heredero.

Otra de las dudas que han sido objeto de discusión entre los expositores del Código, se contrae al tiempo en que el fiduciario debe hacer entrega al fideicomisario de los bienes sujetos á dicha sustitución. El artículo que examinamos nada dice acerca de esto, porque lo deja en absoluto á la voluntad del testador. Éste puede libremente hacer dicha sustitución pura, ó condicionalmente, ó á término: si señaló día para la entrega, limitando á determinado plazo el aprovechamiento de la herencia por el fiduciario, á dicha época habrá de estarse, respetando la voluntad del testador, que es la ley imperante en la sucesión testamentaria; pero si no fijó plazo para la entrega, debe entenderse que dejó ésta al arbitrio del fiduciario, y, según opinión unánime de Gómez, Gutiérrez y de la generalidad de los tratadistas, en dicho caso, y lo mismo cuando se dudare del tiempo en que debe verificarse tal entrega, se reputa que es para después de la muerte del fiduciario, por la presunción derivada del hecho de su llamamiento, de que la intención del testador al instituirle fué favorecerle con el goce de la herencia de por vida, por subsistir durante ella común y ordinariamente los mismos motivos tenidos en cuenta para otorgarle ese beneficio.

Otra duda de bastante interés es la relativa á la inteligencia que debe darse á las frases «no pasen del segundo grado», empleadas en el art. 781.

Distinguidos comentaristas entienden qué grado, en el artículo que comentamos, equivale á llamamiento, pudiendo el testador instituir heredero y llamar después hasta dos personas más al disfrute de su herencia, ó sea contando los llamamientos

desde que realmente empieza la sustitución, sin contar, por tanto, al heredero designado en primer lugar. Segundo grado equivale en esta opinión á dos llamamientos.

Creemos, sin embargo, que no existe razón de peso para quitar á la palabra grado su más apropiada significación en el lenguaje jurídico. Grado, en materia sucesoria, equivale á generación. La base 16 de la ley de 11 de Mayo de 1888 establecía que las sustituciones fideicomisarias no podrían pasar, ni aun en la línea directa, de la segunda *generación*. Ninguna interpretación podrá encontrarse más autorizada que la misma base á que quiso ajustarse el artículo cuando se redactó.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de Junio de 1905, acepta incidentalmente esta interpretación, al decir que, á los efectos de la sustitución fideicomisaria, el nieto se halla en segundo grado, respecto al testador.

Las sustituciones fideicomisarias pueden, por tanto, establecerse sucesivamente en favor de un número ilimitado de personas, siempre que todas ellas vivan al tiempo del fallecimiento del testador; pero para ser eficaces aun en favor de personas no nacidas ni concebidas siquiera en esa fecha, preciso es que no pasen de la segunda *generación*, sea en la línea recta ó en la línea transversal. Esa segunda generación entendemos que debe contarse á partir del heredero instituído en primer lugar, de modo que A., por ejemplo, puede, en nuestra opinión, instituir heredero á B., disponiendo que después pasen sus bienes á los hijos de B., y de éstos á los nietos ya en plena propiedad.

Cuando el testador y el primer heredero sean de la misma generación, el caso no ofrece duda alguna. No siendo así, como si B. fuese hijo ó sobrino de A., la cuestión es dudosa, y tal vez el Tribunal Supremo la resolvería en el sentido de haber de contarse siempre las generaciones á partir del testador. Propiamente, sin embargo, la sustitución empieza al pasar los bienes del primer heredero á un segundo, y en esto nos fundamos para dar al precepto mayor amplitud, aparte poder pertenecer el heredero á una generación más alta que la del causante.

En todo caso los resultados de la distinta interpretación que merece el artículo, según que la palabra grado se entienda equivalente á la de llamamiento ó á la de generación, saltan á la vista. A. puede instituir por heredero á su hermano B., y después á sus descendientes, debiendo pasar los bienes, caso de no existir tales descendientes, á su otro hermano C., y de éste á sus hijos, y en su defecto á D. y los suyos, y en último término, al no quedar descendientes, á los establecimientos de beneficencia. No viviendo aún esos descendientes al morir el testador, la sustitución fideicomisaria establecida sería válida ó nula, según que la palabra grado equivalga á llamamiento ó á generación.

El art. 781 es, desde luego, aplicable á los donaciones, y así expresamente lo preceptúa el art. 640.

Pasemos á otra cuestión. Establece el art. 781 que hay sustitución fideicomisaria cuando el testador encarga al heredero que *conserve* y transmita á *un tercero* el todo ó parte de la herencia. Hay casos en que no se ve clara la existencia de esa tercera persona, como cuando el testador dispone que se invierta el todo ó parte de sus bienes en sufragios, hospitales, fábricas, asilos, etc., ó en determinados objetos. ¿Es esto una verdadera sustitución? Del núm. 4.º del art. 785 se deduce evidentemente la afirmativa. Pero en este punto es necesario que se den los demás requisitos que caracterizan la sustitución fideicomisaria: ha de haber un primer heredero que conserve los bienes y después otro heredero á quien deban pasar ó en quien en definitiva recaigan, sea una persona determinada, ó el alma del testador, ó determinados establecimientos, ó pobres, ó doncellas, ó en suma, una clase favorecida por la institución. Así, pues, si los bienes ó parte de ellos han de pasar directamente del testador á las clases ó personas favorecidas, habiendo sólo como intermediario un albacea ó encargado de cumplir la voluntad del testador; en suma, un mero instrumento ó representante sin facultades propias, no habrá sustitución fideicomisaria. Pero sí la habrá en el caso de existir, en primer término, otro heredero que ostente el

derecho de disfrutar y conservar los bienes, para darles después la inversión que el causante hubiere establecido.

Otras varias cuestiones proponen los comentaristas, pero todas ellas se resuelven con facilidad, teniendo en cuenta el recto sentido de los términos del artículo y el espíritu en que se inspira. El interés de la ley está en que no se prescinda de los fines y de las beneficios que aún puede producir la sustitución fideicomisaria, y de que á su vez no permanezca la herencia fuera del libre comercio ó amortizada más allá del tiempo marcado por la misma.

Declara el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de Febrero de 1898 que la condición impuesta por el testador á una persona de transmitir los bienes de la herencia á otros coherederos en caso de morir sin descendencia, no es constitutiva de sustitución fideicomisaria, ni obsta, por tanto, á que el heredero así instituído transija acerca de sus derechos hereditarios.

Según la sentencia de 6 de Junio de 1905, los artículos 781 y 785 no rigen en las provincias que conservan sus fueros especiales cuando en su legislación peculiar existen preceptos aplicables. Por otra parte, el llamamiento para la sucesión en los bienes por cuatro ó cinco generaciones, no constituye un fideicomiso perpetuo ó indefinido, sino temporal, y en Mallorca expresamente consiente la Novela 159 de Justiniano, que es allí aplicable, ese llamamiento, aunque limitándole á la cuarta generación.

Cuando el testador instituye heredero disponiendo que en caso de no tener hijos ó no llegar á la edad de testar, pasen los bienes á los hermanos del primer heredero, la adición por este heredero de la herencia, no impide en modo alguno el derecho de sus hermanos, en caso de cumplirse la condición, pues aunque no se considerase la sustitución como fideicomisaria, siempre sería condicional la institución. (Sentencia de 24 de Junio de 1905.)

El proyecto de Código de 1851, en su art. 635, prohibió en absoluto la sustitución fideicomisaria; pero en el 782 del pro-

yecto de 1882 se estableció precepto análogo al presente, y además concuerda, en lo esencial, éste con el 3631 del Código de Méjico, el 3448 del de la Baja California, el 827 del de Uruguay, el 832 del de Guatemala, el 899 del de Italia, el 3724 del de la República Argentina, el 949 del de Veracruz, el 1866 y 1867 del de Portugal, el 1223 del de Colombia, el 1164 del de Chile y el 604 del de Austria. El Código francés, en su art. 896, y algunos otros Códigos modernos, condenan, en general, todas las sustituciones, admitiéndolas, sólo como una excepción, el de Francia en sus arts. 1048 al 1050, y el de Holanda en sus artículos 1020 y siguientes; pero debe tenerse en cuenta que los citados arts. 1048 al 1050 del Código francés fueron derogados por la ley de 17 de Mayo de 1826, que á su vez lo fué por la de 7 de Mayo de 1849; hallándose, finalmente, declarado por el Tribunal de Casación, en sentencia de 29 de Junio de 1853, que la facultad de sustituir, autorizada por el art. 1048 de dicho Código, no puede ser ejercitada más que por el padre y la madre con relación á sus hijos, sin que se extienda á los demás ascendientes.

ARTÍCULO 782

Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

El precepto de este artículo constituye una excepción de la regla consignada en el anterior, nacida del respeto que al legislador han merecido siempre los derechos legitimarios. Debiéndose de derecho la legítima á los herederos forzosos, no puede ser ésta gravada con limitación ni condición alguna, y por lo tanto, no cabe que sea objeto de sustitución en cuanto ésta impide la libre disposición de los bienes comprendidos en ella; y si bien por dicho artículo se autoriza cierta especie de sustitución en la parte del caudal legitimario destinado á mejora, es con la condición de que sea hecha á favor de los descendientes.

Esta prevención es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 823. En efecto: si el padre puede disponer de una de las dos terceras partes del haber hereditario que constituyen el caudal legitimario en favor de sus hijos y descendientes, claro es que, mientras la disposición no salga de esos límites, tiene que ser eficaz; así es que todo gravamen impuesto á la mejora en favor de otros descendientes legítimos del testador es válido, siéndolo, por lo tanto, también la sustitución fideicomisaria hecha en esas mismas condiciones.

Como no puede disponerse de la mejora en favor de extraños, el legislador ha tenido que tener en cuenta esta circunstancia, y á ella obedece la limitación impuesta en cuanto á la sustitución en dichos bienes, pues, de lo contrario, resultaría que, en fraude de la ley, se ampliarían las facultades del testador, permitiéndole transmitir, á título de fideicomiso, á un extraño los bienes de la mejora, con perjuicio de los derechos legitimarios.

La disposición de este artículo tiene sus precedentes en la ley 17, tít. 1.° de la Partida 6.ª, y en las leyes 11, tít. 6.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 1.ª, tít. 20 del mismo libro. El proyecto de Código de 1882 propuso preceptos análogos, y algunas, aunque pocas concordancias, se encuentran también en las legislaciones extranjeras.

ARTÍCULO 783

Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

ARTÍCULO 784

El fideicomisario adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que

el fiduciario. El derecho de aquél pasará á sus herederos.

ARTÍCULO 785

No surtirán efecto:

1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituído la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero.

2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781.

3.º Las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta ó pensión.

4.º Las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

ARTÍCULO 786

La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará á la validez de la institución ni á los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Las prescripciones de estos cuatro artículos son otras tantas reglas relativas á los efectos de la sustitución fideicomisaria.

En el primero de ellos se modificó el derecho antiguo, poniéndose término á las dudas acerca de la subsistencia de la cuarta trebeliánica. Por derecho romano, el fiduciario podía retenerla si no la tenía salva por disposición del testador, á no ser que éste la hubiese prohibido expresamente, siendo además condición precisa que formase inventario (1). La ley 8.ª, tít. 11

---

(1) §§ 5.º, 7.º y 9.º, *Inst. de fideic hæred.*—Novela 1.ª, cap. 2.º, § 2.º—L 9. C. *ad Leg. Falc.*

de la Partida 6.ª, siguió el precedente romano; pero algunos tratadistas, apoyándose en la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, sostenían que no subsistía en derecho castellano la cuarta citada.

Hoy esta cuestión se halla fuera de toda duda, pues el fiduciario no puede hacer otras deducciones de la herencia más que las que traigan su origen de gastos legítimos, créditos y mejoras, á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa, pues entonces habrá de estarse á lo ordenado por éste, por ser su voluntad la ley á que ha de ajustarse la sucesión, según repetidamente hemos indicado. En Cataluña, sin embargo, el fiduciario continúa teniendo derecho á la detracción de la cuarta trebeliánica, á tenor de lo dispuesto en el derecho romano, en el canónico y en las constituciones del Principado.

Algunos comentadores del Código, manifiestamente contrarios á la sustitución fideicomisaria, combaten la disposición de dicho artículo por dos motivos distintos: primero, por la facilidad que se da al fiduciario para deducir de la herencia, á más de los gastos legítimos, los créditos y mejoras que tenga por conveniente, aunque fueren simulados, hallándose, por lo tanto, en mejor situación aún que en el derecho antiguo; y segundo, por la facultad que en los últimos términos de su precepto se concede al testador para eludir las prescripciones y prohibiciones de la ley, toda vez que á su voluntad ha de estarse, aunque sea contraria á la regla general consignada en el referido artículo.

Censúrase también que no se hable en él de la obligación que el fiduciario tenía, según la anterior legislación, de formar inventario de los bienes que habían de ser entregados al fideicomisario; pero basta tener en cuenta que aquél no viene á ser más que un mero usufructuario de la herencia, para comprender que dicha obligación habría de subsistir aunque no la impusieran como implícitamente la imponen los términos del art. 783 citado, pues para apreciar si se han hecho ó no más deducciones que las permitidas por el mismo, es indispensable conocer

el caudal hereditario sujeto á sustitución percibido por el fiduciario.

En cuanto al requisito exigido de que los llamamientos de los sustitutos sean expresos para que puedan surtir efecto, ninguna razón puede alegarse en su contra, y autorizado se halla por casi todos los Códigos modernos; pues sólo el de Sajonia (1) es el único que sostiene aún el tácito llamamiento á la sustitución. Con dicha prevención resulta modificada también, en cierto modo, la doctrina vigente en la legislación anterior, pues la ley 14, tít. 5.º de la Partida 6.ª y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2) declararon hallarse permitido que la designación de fideicomisario se hiciera de una manera confidencial.

El proyecto de Código, en su art. 784, proponía preceptos análogos á los consignados en el 783, primero de los que son objeto del presente comentario, y concuerda además dicho artículo con el 744 y 756 del Código de Chile, el 804 y 815 del de Colombia y algunos otros.

El segundo de los artículos que examinamos establece un principio inconcuso, si bien ha sido objeto de censura por algunos comentaristas, que ven en su precepto una innovación del derecho antiguo y de la doctrina romana, sin razón ni motivo que la justifique.

Si el fiduciario tiene el deber de entregar al fideicomisario la herencia sujeta á esta clase de sustitución, y los derechos del fideicomisario arrancan de la muerte del testador, cuya voluntad es el título generador de tales derechos, indudable aparece que con el fallecimiento del causante quedó *creado* un derecho á favor de éste, que la ley no puede menos de respetar. Por eso si premuriese al fiduciario, ha de subsistir y producir sus efectos ese derecho, *creado* ya, transmitiéndose á sus herederos, como todos los demás pertenecientes á la herencia.

Sin embargo, los romanistas dicen que siendo el fideicomiso

---

(1) Art 2504.
(2) V. sentencia de 26 de Junio de 1862.

una institución á plazo ó término señalado por el testador, lo lógico y legal es exigir que el fideicomisario tenga la capacidad necesaria para adquirir los bienes hereditarios, y por lo tanto, que subsista en el momento en que ha de cumplirse lo dispuesto por el testador, del mismo modo que exigen que el fiduciario haya de tenerla en el instante de la muerte del causante, que es en el que ha de adquirir y adquiere el derecho á percibir los bienes de la herencia, aunque con la obligación de su devolución. Esta doctrina fué generalmente admitida y prevaleció tanto en el derecho romano como en nuestra antigua legislación, según la que el fideicomisario había de sobrevivir al fiduciario y tener capacidad para adquirir por testamento en la época en que hubiera de efectuarse la transmisión del fideicomiso.

Fundados en la generalidad de esa doctrina, que por cierto no dejó de tener sus impugnadores, algunos comentadores del Código han censurado que sus autores se separasen de ella adoptando criterio distinto; pero una consideración sola, derivada de la naturaleza y efectos jurídicos del fideicomiso, justifica la disposición contenida en dicho artículo. En efecto, si el fiduciario no adquiere el pleno dominio de los bienes de la herencia, sino sólo su usufructo hasta que llegue el momento de hacer la entrega al fideicomisario, es indudable que á alguna otra persona pase la nuda propiedad de dichos bienes, y esa persona no es ni puede ser otra que el fideicomisario, el cual adquiere desde el fallecimiento del fideicomitente el dominio directo de los bienes objeto del fideicomiso, con más el derecho al dominio útil para el día en que deba hacerse la entrega, según la voluntad del testador, consolidándose entonces en él la plena propiedad sobre los mismos. Aparte de esto, el precepto citado es una consecuencia necesaria de lo establecido en los arts. 657 y 661.

Dicho art. 784, segundo de los que son materia de este comentario, ha venido á resolver la debatida cuestión de si los fiduciarios deben ser considerados ó no como meros usufructuarios, y por lo tanto, si los fideicomisarios son herederos del fiduciario ó del fideicomitente.

Como resulta de lo anteriormente expuesto, este artículo no tiene precedentes concretos en nuestras antiguas leyes: antes por el contrario, viene á derogar el derecho común; pero en la legislación aragonesa se encuentran preceptos análogos, pues en ella se considera que el fideicomisario sucede al testador y no al fiduciario. El proyecto de Código de 1882, en su art. 785, adoptó el mismo criterio que el que examinamos, é igual disposición contienen el 1868 del Código de Portugal y el 762 del de Chile, concordando también dicha doctrina con la establecida en el 820 del de Colombia y algunos otros, entre los que merece especial mención el 2509 del de Sajonia, según el que puede el fideicomisario exigir la entrega de los bienes del fideicomiso desde la muerte del testador, si se ha dejado dicha entrega á voluntad del heredero, ó si no se hubiere fijado tiempo para ella.

Algunos expositores del nuevo orden legal ocúpanse, con ocasión de este precepto, de una cuestión de puro derecho transitorio, y con tal motivo preguntan: ¿podrá tener lugar lo dispuesto en dicho artículo (784) cuando se trate de un fideicomiso constituído por quien falleció antes de la publicación del Código, si el fideicomisario muere después de dicha publicación y antes que el fiduciario? ¿Transmitirá en este caso el fideicomisario derecho alguno á sus herederos para suceder en el fideicomiso? Los que tal cuestión plantean sostienen que ningún derecho puede transmitir á sus herederos el fideicomisario en el supuesto indicado, fundándose en que la prescripción del art 784 contiene una variación del derecho antiguo, que no puede tener efecto retroactivo ni perjudicar los derechos adquiridos por el fiduciario, con arreglo á la legislación anterior. De la misma opinión es Ferreira, quien se ocupó también de ello al comentar preceptos correspondientes del Código portugués.

No podemos detenernos ahora á examinar esta cuestión, la cual corresponde al estudio de las disposiciones transitorias del Código, que es donde tiene su lugar oportuno; pero sin perjuicio de ocuparnos entonces de ella con la extensión que su importancia requiere, conviene, sin embargo, indicar que, si bien es un prin-

cipio de derecho. respetado por el párrafo 1.º de las disposiciones transitorias citadas, que la leyes sólo se dictan para el porvenir, sin que sea justo darlas efectos retroactivos, debe tenerse, sin embargo, en cuenta que, según la última parte de la regla primera de las consignadas en el art. 1976, para regular el tránsito del antiguo al nuevo orden legal, ese ese principio no es absoluto, pues si un derecho apareciere declarado por vez primera en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, *siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen.* Con arreglo á este precepto y á lo ordenado en la regla 12, es como ha de resolverse y decidirse dicha cuestión.

El tercero de los artículos que estudiamos en este comentario responde á la necesidad de poner correctivo á los abusos que con frecuencia solían cometerse con motivo de las sustituciones fideicomisarias, y á ese objeto tienden las cuatro reglas comprendidas en el mismo. La primera de ellas confirma la disposición del art. 781, pues si dichas sustituciones no fueren hechas de una manera expresa ó sin imponer cuando menos al instituído la obligación de entregar los bienes á un segundo heredero, ó sea el sustituto, vendría á conculcarse el precepto del artículo citado. Además, su necesidad resulta evidenciada; dada la doctrina admitida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 26 de Junio de 1862, que interpretando la ley 14, tít. 5.º de la Partida 6.ª, reconoció la posibilidad de la designación confidencial, y en tal concepto viene á ser modificado por dicha regla el antiguo derecho.

La segunda y la tercera también tienden al más exacto cumplimiento del art. 781, y la justicia de su precepto es evidente, pues de lo contrario, por la prohibición perpetua ó temporal de enajenar se llegaría fácilmente á la vinculación, y del mismo modo quedaría destruída la libertad de la propiedad y burlada la prohibición de la ley por medio del pago de las pensiones á que se refiere la regla 3.ª

La cuarta tiene por objeto evitar también que por instruccio-

nes reservadas y por el secreto se dé á los bienes del testador un destino no autorizado por la ley, y modifica igualmente el derecho anterior, el cual permitía dichas disposiciones reservadas.

Véase en el comentario del art. 781, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1905.

Según la Resolución de la Dirección de los Registros de 25 de Junio de 1904, el art. 785 ha de entenderse aplicable á las donaciones, en las que tampoco puede permitirse la prohibición perpetua de enajenar. Véase el art. 640.

El proyecto de Código de 1851 (1) y el de 1882 (2) establecieron preceptos análogos, y concuerda además dicho art. 785 con el 1871 del Código de Portugal, el 869 del de Francia, el 827 del de Uruguay, el 832 del de Guatemala, el 745 y 748 del de Chile, el 926 del de Holanda, el 899 del de Italia, el 3732 del de la República Argentina, el 3636 del de Méjico, el 3453 del de la Baja California, y algunos otros.

Finalmente, el art. 786, último de los que son objeto de este estudio, es una consecuencia lógica y necesaria del principio ya admitido por el Código, de que la institución de heredero no es necesaria para la eficacia del testamento. Según él, la disposición testamentaria no se invalida aunque la institución de heredero sea ineficaz, ya por las circunstancias mismas de la institución, ya por no llegar á ser heredero el instituído. Por el contrario, el testamento seguirá subsistente y válido en todas las demás disposiciones que contenga, toda vez que desde la transcendental reforma introducida por el Ordenamiento de Alcalá, es permitida la conjunción de la herencia intestada y testada. Sólo en aquello que no pueda ejecutarse es en lo que quedará ineficaz el testamento válidamente otorgado, y por eso establece dicho artículo que se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria cuando la sustitución fuere nula.

---

(1) V. art. 636.
(2) V. art. 785.

Tan claro y tan lógico nos parece este precepto, que estimamos ocioso todo comentario; por lo que nos limitamos á indicar que igual criterio se observa en la mayoría de los Códigos extranjeros, encontrándose concordancias y analogías en el artículo 1869 del de Portugal, el 829 del de Uruguay, el 3632 del de Méjico, el 3449 del de la Baja California, y el 3730 del de la República Argentina.

El de Italia, en su art. 900, estableció que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicaría á la validez de la institución de heredero ó del legado á que se hubiere adicionado; pero dejó sin efecto todas las sustituciones aunque fuesen de primer grado. El de Francia, en su art. 896, declara que cualquiera disposición por la que el donatario ó heredero ó legatario quede obligado á conservar y restituir á un tercero, será nula aun respecto del donatario, heredero ó legatario primeramente llamado; pero si bien algunos tratadistas han entendido que por dicho precepto se declaró, no sólo la nulidad de la sustitución fideicomisaria, sino también la de la institución del heredero fiduciario, rectamente entendidos sus términos se deduce que el vicio de la sustitución sólo anula la institución en cuanto alcanza á los efectos de la sustitución. Así lo entendió el Tribunal de casación de Francia en sentencias de 25 de Enero de 1865, 20 de Abril de 1855 y 3 de Agosto de 1874, y por lo tanto, no resulta dicho Código en oposición abierta al nuestro como algunos han supuesto.

El proyecto de Código de 1851 (1) y el de 1882 (2) propusieron también preceptos análogos, y precedentes tiene el que examinamos en la ley 15, tít. 30, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Con motivo del art. 786, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de Febrero de 1903, resuelve un caso curioso. A instituyó heredero á F., y en defecto de éste á C. (sustitución puramente

---

(1) V art. 638

(2) V. art. 788.

vulgar), á ambos *de libre disposición*, para que, uno ú otro, una vez ocurrido su fallecimiento, se apoderasen de todos sus bienes, y les diesen, *según su conciencia*, el destino que el disponente les indicara en instrucciones particulares que al efecto les daría.

Pretendieron los herederos abintestato la nulidad de toda la cláusula con arreglo al núm. 4.º del art. 785, y la apertura de la sucesión intestada. Pretendió á su vez el heredero instituído la aplicación estricta del art. 786 que no consiente el perjuicio de los herederos del primer llamamiento. El Tribunal Supremo resuelve en favor de aquéllos por los motivos expresados en el considerando siguiente:

«A la clase de disposiciones de que se trata no puede aplicarse el art. 786 del Código, expresivo de que la nulidad de la sustitución fideicomisaria, no perjudicará á la validez de la institución, ni á los herederos del primer llamamiento, y sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria, *primero*, porque en la tecnología usada por el Código en los artículos precedentes, no lleva la de que se trata ahora nombre de sustitución fideicomisaria, sino de mera disposición, y porque la inversión del todo ó parte de la herencia según instrucciones reservadas, no es lógica, léxica ni jurídicamente, una sustitución, sino un encargo, en el cual falta evidentemente fideicomisario; *segundo*, porque el caso cuarto del art. 785, único de que hay que ocuparse con ocasión del presente recurso, liga con tal homogeneidad el encargo reservado con los bienes objeto del mismo, que, á diferencia de lo que pudiera ocurrir en los otros casos del mismo artículo, su separación, para convertir en libre heredero á la persona á quien el encargo se cometiera, desnaturaliza y desbarata positivamente el objeto de la institución; y *tercero*, porque la prohibición del núm. 4.º de que produzcan efecto las disposi ciones sobre inversión de herencia mediante instrucciones reservadas, subseguidas de la libre disposición de los bienes por el mismo que había de llevar á cabo lo reservado, si no autoriza una inmoralidad notoria, hace ineficaz el claro precepto prohibitivo de los antiguos fideicomisos ocultos, y no son de aceptar

intepretaciones de las leyes que conducen á tales resultados.»

Esta sentencia puede sugerir reflexiones de muy distinto orden. Cabe considerarla como una severa crítica de la doctrina del Código en los artículos 785 y 786. Cabe observar en ella cierta contradicción, por estimar que si en su caso no existía sustitución fideicomisaria, había que buscar otros artículos adaptables á él, y prescindir de los que nos ocupan, y si existía tal sustitución, no debía distinguirse donde el art. 786 no distingue. Cabe ver una doctrina justa, acertada y racional. Y cabe, por último, mirar la cuestión desde el punto de vista de la intención del testador, evidentemente contraria á la preferencia que al fin se dió á los sucesores legítimos.

Hemos examinado en el comentario del art. 781, cuándo puede ó no entenderse que existe verdadera sustitución fideicomisaria, en el caso de disponer el testador que se inviertan sus bienes en determinadas obras, ó en beneficio de ciertas clases. En el caso que motivó la sentencia, los llamados herederos eran ciertamente meros encargados de la ejecución de la voluntad del testador. Aun sin eso, en el caso del núm. 4.º del art. 785, ó existe un primer heredero y después un fideicomisario, que es quien debe invertir los bienes, ó falta éste, y al ser aquél, el que, más ó menos tarde, ha de cumplir las instrucciones del testador, resulta que no conociéndose tales instrucciones, no puede conocerse la entidad fideicomisaria, ó lo que es lo mismo, si hay fideicomiso es oculto, y por eso es ilegal. ¿Prohibe el número 4.º del art. 785 la inversión secreta haya ó no fideicomiso, ó sólo en el caso de existir verdadera sustitución fideicomisaria? Por el lugar que ocupa en el Código, debe referirse sólo á ésta; por el espíritu ó la razón en que se inspira, debe extenderse á todos los casos en que no resulte ostensiblemente conocida la voluntad del testador. Ahora bien: el art 786 ha de aplicarse á todos los casos de nulidad de una sustitución fideicomisaria; pero no puede aplicarse cuando no existe tal sustitución, y no existe, cuando por no haber un segundo heredero, ni conocerse la inversión que ha de darse por el primero á los bienes, resulta

de hecho que no aparece la personalidad del fideicomisario, que no lo hay ante la ley.

Creemos ser esta la verdadera doctrina, que es en definitiva la misma de la sentencia, aunque en ésta se enuncia ó fundamenta de otro modo, en términos algo contradictorios, y así como á manera de protesta de la razón, por no deber ser lo que parece que es en la ley.

Después de la tercera edición de esta obra, se han dictado nuevas resoluciones con relación á los arts 785 y 786, que vienen á confirmar la doctrina expuesta por nosotros, siquiera dejen envuelto el precepto del número 4.º de aquel artículo en una atmósfera misteriosa que no permite apreciar su alcance ni significación, y que se armoniza mal con lo dispuesto en el 671.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1906, no caen bajo la sanción de los números 1.º al 4.º del artículo 785, ni es aplicable el 786, á las ordenaciones de un testamento por el que se instituyen herederos en propiedad, pero con encargo *de conciencia* de deber destinarse los bienes á objetos benéficos. Para que exista sustitución fideicomisaria es preciso que haya un fideicomisario á quien hayan de reservarse precisamente los bienes hereditarios. La ordenación expresada la autoriza el artículo 671 al facultar al testador para encomendar á un tercero la distribución de lo que deje en general á clases determinadas ó á los establecimientos de beneficencia. La inobservancia del encargo de conciencia no puede motivar la nulidad de la disposición testamentaria.

Como se ve, el caso que motivó esta sentencia, era esencialmente el mismo que aquél á que dió una solución diametralmente opuesta la de 6 de Febrero de 1903 antes relacionada. En ambas se desecha la aplicación del artículo 786, pero en la una para considerar escasa la penalidad que éste establece, y en la otra para declarar el acto válido y amparado por el artículo 671 que antes se olvidó.

En el comentario del art. 750, nos hemos ocupado de otra sentencia análoga; la de 8 de Junio de 1907. No contiene ins-

trucciones reservadas la disposición de que se dote con determinada cantidad una fundación de la que el testador daría conocimiento á sus albaceas, aun no habiéndose facilitado este conocimiento de un modo directo. Tal disposición la autoriza el artículo 671.

Si el artículo 671 autoriza las disposiciones á que se refieren las sentencias de 6 de Febrero de 1903 y 5 de Junio de 1906 ¿á qué disposición puede aplicarse el número 4.° del artículo 785? Creemos que el artículo 671 no va tan lejos: en él el testador determina las personas en quienes han de recaer los bienes, pobres, parientes, establecimientos, etc., y sólo faculta á otra persona, albacea ó heredero, para *la distribución* ó para la elección de personas, entre los pobres, parientes ó establecimientos ya designados. Cuando el testador no determina, sino que instituye herederos sea ó no en propiedad, con encargo de conciencia de que los bienes se destinen, apliquen ó inviertan, sin decir determinadamente en qué ó en favor de quién, el acto no cabe en el marco del artículo 671, y entra en la esfera del 785, número 4.° La ley estima que hay sustitución porque los bienes han de ir de los primeros herederos, á otras personas naturales ó jurídicas, pero como estas personas no se conocen, declara que la sustitución no surte efecto. Puestos frente á frente los artículos 785 y 671 no vemos otra solución.

Del estudio que hemos hecho de los cuatro artículos citados, resulta, como hemos dicho ya en otra ocasión, que las reglas consignadas en ellos para regular la difícil materia de las sustituciones fideicomisarias, han de contribuir, por la justicia de sus disposiciones, á hacer desaparecer una porción de abusos y cuestiones, y á que se cumpla la esencia y el fin de dicha institución, haciendo que se respete la voluntad del fideicomitente que pase al fideicomisario todo lo que aquél quiso pasase al mismo, sin tener que depender su acción de la del fiduciario.

ARTÍCULO 787

La disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 781.

El precepto de este artículo es consecuencia del principio establecido en el 640, según expusimos al comentar dicho artículo, el dueño de una cosa puede disponer libremente del pleno dominio de los bienes que le pertenecen, ó sólo de alguno de los derechos más ó menos limitados que integran su propiedad, y en tal concepto le es permitido disponer de la nuda propiedad en favor de una persona, y otorgar á otra ú otras distintas el usufructo.

La libertad de la propiedad así lo exige, y si es dado disponer de ella dividiendo los dos dominios, indudablemente hay que reconocer en el testador el derecho de dejar el dominio directo ó la nuda propiedad á un heredero, y el útil ó el usufructo á otra ú otras personas distintas, llamándolas á su goce simultánea ó sucesivamente. Pero en este último caso, en el de la institución sucesiva de varias personas respecto del usufructo, hay que tener en cuenta otra regla, impuesta por los principios económicos contrarios á la vinculación de la propiedad, según la que no puede perpetuarse la sucesión testamentaria ni pasar del segundo grado (1). Y para armonizar esos preceptos, evitando que el testador burlase las prohibiciones de la ley, ordenando un verdadero vínculo por el llamamiento sucesivo é indeterminado al goce del usufructo de sus bienes, los autores del Código estimaron conveniente, y aun necesaria, la disposición contenida en el artículo que examinamos.

La razón indicada como fundamento de dicho artículo nos releva del examen de las opiniones de algunos comentaristas que

(1) V. art. 781 de este Código.

han impugnado su precepto por estimarlo innecesario después de la explícita declaración del 781. Pero no se han limitado á este punto las censuras de los expositores del nuevo cuerpo legal y de la doctrina establecida en los proyectos que le precedieron y sirvieron de base á la labor codificadora de nuestro derecho civil.

Una de las cuestiones discutidas con tal motivo se refiere al concepto y naturaleza jurídica de la disposición concebida en dichos términos, pues dudan algunos autores si debe ser considerada ó no como una verdadera sustitución ó fideicomiso, y los que no estiman en ella este carácter, censuran la inclusión de este artículo en las prescripciones relativas á las sustituciones.

Muchos son los que creen que la institución hecha por el testador en la forma á que el presente artículo se refiere, no constituye una sustitución fideicomisaria. Ya el ilustre Goyena, comentando el art. 638 del proyecto de Código de 1851, decía, con su indisputable autoridad, que en esa clase de disposición no hay en realidad verdadera sustitución, sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la propiedad, y que si bien es cierto que la segunda no surte plenamente sus efectos sino después de espirar la primera, el donatario de la propiedad no es sustituto del usufructuario, el cual nunca adquirió dicha propiedad. Igual doctrina sustenta Ferreira á propósito del art. 1870 del Código portugués, y del mismo modo podríamos citar otros muchos tratadistas que resuelven la cuestión en el mismo sentido. Pero á pesar de tan autorizadas opiniones en contrario, entendemos que si el usufructo, como los demás derechos, puede ser materia de sustitución, por no venir obligado el testador á disponer conjuntamente de ambos dominios ni en favor de una sola persona, es indudable que cuando éste llama sucesivamente á varios instituídos al goce del dominio útil, el primer llamado tiene el carácter de un fiduciario, que ha de entregar al fideicomisario dicho derecho al llegar al término impuesto en el testamento, tratándose, por lo tanto, de un verdadero fideicomiso.

Otra duda se ha propuesto acerca de la inteligencia de este

artículo. Con tal motivo se dice: ¿surtirá efecto la disposición testamentaria, en la cual, respecto del usufructo de una cosa, se hagan llamamientos hasta el segundo grado ó en favor de diversas personas que vivan al fallecimiento del testador, y se ordene una sustitución que no pase del segundo grado en cuanto á la propiedad, una vez que se hayan reunido en poder del fiduciario la propiedad y el usufructo?

La solución de esta duda depende del concepto que se atribuya al nudo propietario en cuanto á los efectos de la sustitución, pues si éste no es sustituto del usufructuario, como dicen Goyena, Ferreira y otros autores, entonces hay que reconocerle el carácter de un heredero de primer grado, y en tal concepto, por muchos que sean los llamados al goce del usufructo, no hay razón legal alguna que impida el ordenamiento de la sustitución fideicomisaria en cuanto al mismo, aun para después de la consolidación en él de ambos dominios. Por el contrario, si al nudo propietario se le considera, respecto al derecho de usufructo, como un sustituto del usufructuario, que percibe de éste el dominio útil al llegar el término impuesto á su goce por el testador, en este caso es indudable que, agotados en cuanto al usufructo los llamamientos que tolera la ley, no pueden hacerse otros nuevos para cuando se hayan consolidado el dominio útil con el directo, pues si bien respecto de la nuda propiedad no pasarían del primer grado, no sucedería lo mismo en el usufructo.

La cuestión, pues, está en determinar si el nudo propietario recibe del usufructuario, y *por sucesión de éste* el dominio útil que ha de completar su propiedad, ó si la adquiere por virtud de su propia institución y con un título independiente del usufructuario.

La disposición de este artículo tiene sus precedentes en la ley 15, tít 20, libro 10 de la Novísima Recopilación. En los proyectos de Código de 1851 (1) y 1882 (2), se establecieron también

(1) V. artículo 638.
(2) V. artículo 788.

preceptos análogos, y concuerda además este artículo con el 899 del de Francia, el 736 del de Chile, el 797 del de Colombia, el 830 del de Uruguay, el 930 del de Holanda, el 901 del de Italia, el 1509 del de la Luisiana, el 3363 del de Méjico, el 899 del de Bélgica, el 3450 del de Baja California, el ya citado 1870 del de Portugal, si bien es éste bastante más restrictivo que el nuestro en este punto, y el 2470 del de Sajonia, el cual establece el mismo precepto, aunque limitándolo á los legados.

ARTÍCULO 788

Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes ó en favor de los pobres ó de cualquiera establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero ó herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización é imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

La Real cédula de 30 de Mayo de 1830 permitía á los fideicomitentes, aunque con algunas restricciones, hacer obras pías ó instituciones benéficas, designando los objetos á que hubieran de aplicarse los bienes del fideicomiso, como limosnas, dotes, sufragios, etc., sin que se señalase persona determinada para la

entrega de dichos bienes; y si bien fueron miradas estas instituciones con vedadero recelo, como contrarias á los principios de libertad de la propiedad, por la amortización que solía producir el pase de aquéllos á corporaciones y manos muertas, es lo cierto que el principio ha subsistido y subsiste, si bien con la precisión de ajustarse á las prescripciones que el legislador ha estimado convenientes para la evitación de los males económicos que dicha amortización pudiera producir.

Con arreglo á este artículo, en el que se ha mantenido dicho principio como necesario respecto á la propiedad, sin desatender por ello los fines sociales indicados, pueden los testadores, sin dificultad alguna ordenar toda clase de establecimientos benéficos, bién dotándolos con los bienes que tengan por conveniente, bien imponiendo á sus herederos la obligación de invertir periódicamente para su sostenimiento ciertas cantidades, bien constituyendo sobre los bienes inmuebles de su herencia una carga perpetua con cualquiera de los objetos indicados en el precepto que examinamos.

En el primero de dichos casos, es decir, cuando se dota con determinados bienes inmuebles la fundación instituída, hay que sujetarse á las prescripciones administrativas que impiden la amortización perpetua de la propiedad inmueble, y con arreglo á ellas habrán de enajenarse los bienes de dicha clase con determinadas excepciones, invirtiéndose su producto en la forma correspondiente, destinándose la renta al sostenimiento de la institución.

En el caso en que el testador no hubiere dotado con bienes propios á la fundación, imponiendo, por el contrario, al heredero la obligación de atender á su sostenimiento, se estará entonces á las reglas establecidas en el artículo que examinamos, según las condiciones de la carga impuesta.

En la primera de ellas se ha adoptado por el legislador una norma en extremo conveniente, conforme en un todo con los fines perseguidos por la legislación Hipotecaria y el Registro de la propiedad inmueble, permitiendo al heredero la libre disposición de

la finca gravada, y aun la liberación de la misma cuando conviniere, mediante la oportuna redención de la carga aun antes del término fijado á la duración de ésta. Lo mismo hemos de decir en cuanto á la segunda de las reglas citadas, la cual, refiriéndose á las cargas perpetuas, concede al heredero la facultad de capitalizarlas é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca. De este modo, tanto en la primera como en la segunda de dichas prevenciones, se ha procurado armonizar y conciliar la libertad de la propiedad con la seguridad en el cumplimiento de los fines de la fundación y de la carga impuesta.

Después de estas reglas, en la tercera se determina la forma en que ha de llevarse á efecto la capitalización antes indicada y la imposición del capital procedente de la misma. La intervención que en estos actos se da al Gobernador de la provincia y al ministerio público tienen una lógica explicación, y es consecuencia natural de lo que ya se estableció en el art. 747 respecto de la disposición que el testador hiciere del todo ó parte de sus bienes para sufragio y obras piadosas en beneficio de su alma.

Es necesaria esa intervención del goberndor de la provincia, como representante del Gobierno, por el protectorado que éste debe ejercer sobre las fundaciones benéficas, conforme á la Real orden de 25 de Agosto de 1846, á la Instrucción de 27 de Abril de 1875 y á las disposiciones vigentes.

En cuanto á la audiencia concedida al ministerio público en la capitalización de la carga é imposición del capital, tiene su fundamento en la representación que dicho ministerio ostenta del interés social y de la ley.

Algunos comentadores han creído confusa y poco clara esa intervención, así como la disposición de la ley respecto á la forma en que han de llevarse á cabo la capitalización y la inversión de su producto, por no establecerse reglas claras y precisas acerca de ello; pero todas estas cuestiones, como de mero procedimiento, han de ser objeto de reglamentación posterior, y, por lo tanto, no es motivo bastante de censura el que el Código

no haya señalado desde luego la norma fija á que han de ajustarse tales actos.

No falta tampoco quien haya creído más práctico el obligar á los herederos gravados con dicha carga á constituir, en todo caso, una garantía del cumplimiento de la obligación que el testador le hubiere impuesto, cuya garantía fuera sustituible siempre con intervención de las personas designadas por el testador, y en su defecto por las leyes, para ejercer el patronato ó la dirección y la administración de la fundación instituída.

Confirma este artículo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1.º de Diciembre de 1899, á la que nos hemos referido en el comentario del art. 747.

En el proyecto de Código de 1882 se establecieron preceptos análogos, y concuerda también el artículo que examinamos con otras muchas prescripciones de los Códigos extranjeros. Entre ellos, el precepto que más analogía guarda con este artículo es el 3637 del Código de Méjico. Alguna tiene en cuanto al fondo el 902 del de Italia y el 1871 del de Portugal, encontrándose igualmente concordancias en los artículos del 3454 al 3457 del de la Baja California y en algunos otros.

ARTÍCULO 789

Todo lo dispuesto en este capítulo respecto á los herederos se entenderá también aplicable á los legatarios.

La índole y los términos del precepto contenido en este artículo hacen innecesario todo comentario. En la sucesión testamentaria, todo lo relativo á la forma de la institución de herederos es extensivo á la de los legatarios, y por lo tanto, al hacer el Código la expresa daclaración que precede, viene á consignar y dar sanción á un principio por todos reconocido y que tanto la ley como la jurisprudencia tenían admitido con anterioridad á su publicación.

El proyecto de Código de 1851 añadía en su art 639, que lo dispuesto sobre las sustituciones respecto de los herederos se entendiese también para las donaciones, y con arreglo á dicho proyecto, algunos comentadores han creído que también debiera haberse hecho aplicación del precepto que examinamos á los donatarios.

Cierto es que la razón de derecho, es idéntica, ya se trate de herencia, ya de legados ó ya de meras donaciones, y siendo uno mismo el motivo de la ley ó el fundamento en todos esos casos, debiera también ser igual para todos el precepto. Pero la declaración cuya omisión se arguye resultaba innecesaria después de otras disposiciones del Código, en que se había consignado ya ese principio. Ejemplo de ello es el art. 640, que dejó á salvo en las donaciones á que se refiere lo establecido acerca de la sustitución fideicomisaria como regla general en el 781.

En el proyecto de 1882 (1) propúsose precepto análogo, y entre las pocas concordancias que tiene este artículo en los Códigos extranjeros, merecen especial mención el 3644 del de Méjico, el 1223 del de Colombia, el párrafo 2.º del 1164 del de Chile, el 831 del de Uruguay, el 3731 del de la República Argentina y el 3461 del de la Baja California.

SECCION CUARTA

DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y DEL LEGADO CONDICIONALES Ó Á TÉRMINO

Del concepto jurídico de la propiedad y del fundamento en que descansa la facultad de testar y aun todo el derecho sucesorio, claramente se deduce que teniendo el testador la libertad de su propiedad y la libre disposición de sus bienes, en cuanto no afecte á los derechos legitimarios, no puede negársele la facultad de imponer condiciones á aquellos á quienes favorece con

(1) V. art 790.

su propia liberalidad. Sólo los derechos legitimarios que el testador está obligado á respetar, como impuestos y estalecidos por la ley en razón á poderosas consideraciones de orden filosófico y social, son los que están libres de toda condición; pero esta excepción misma viene á confirmar la generalidad del principio, el cual ha sido reconocido y aceptado por todas las legislaciones. Y no podía menos de ser así, porque realmente resultaría un absurdo jurídico que pudiendo imponerse determinadas condiciones al disponer de los bienes en vida el dueño de ellos, no estuviera facultado para hacer lo mismo al transmitirlos *mortis causa* en todo aquello en que no estuviera limitada su libre disposición, siendo uno y otro acto consecuencia natural del derecho de propiedad.

Excusado es decir que esa indisputable facultad es, por lo tanto, plena y sin restricción alguna en las sucesiones en que no existen herederos forzosos; y habiéndolos, tan solo puede tener lugar respecto de la parte que libremente puede disponer el testador. Y este criterio, que es el seguido por todos los Códigos, ha sido adoptado también por el nuestro, y con arreglo á él las instituciones de herederos y lo mismo las de los legados pueden ser puras ó condicionales. Las primeras son aquellas que fueron hechas sin imponer al instituído ninguna condición ó circunstancias que puedan limitar la institución ó influir en sus resultados, y, por el contrario, son condicionales aquellas cuya eficacia está sometida á dicha limitación.

Más adelante expondremos el concepto jurídico de las condiciones y sus distintas clases, así como los efectos que cada una de ellas produce respecto de la institución de heredero y del legado, bastando por ahora las indicaciones que preceden como exposición en este punto de la materia objeto de la sección que pasamos á examinar.

Cuanto hemos dicho acerca de la institucion condicional, debe considerarse extensivo á la otorgada á término. La razón de derecho es la misma, y, por lo tanto, igual debe ser la doctrina sancionada por el legislador. Sin embargo, en el derecho

romano, que era admitida la institución condicional, negábase eficacia en las hechas á término. Esas ordenaciones *ex die ó in diem*, es decir, desde cierto tiempo hasta cierto término, eran realmente incompatibles con los principios fundamentales de dicha legislación en materia sucesoria, pues no pudiéndose morir parte testado y parte intestado, y no pudiendo, por lo tanto, mezclarse las dos herencias, el que una vez era heredero ya no podía dejar de serlo, porque de lo contrario, en el momento en que dejase de ser heredero, hubiera tenido que deferirse la herencia á los sucesores legítimos. Así es que con perfecta lógica teníase por no escrito el término á día cierto, bien figurase como suspensivo, bien como resolutorio.

Las legislaciones modernas, inspiradas en otros principios, admiten la institución á término, y lo mismo ha hecho nuestro Código, el cual reconoce validez y eficacia á la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó de legado, como veremos al examinar el art. 805.

Término es el plazo señalado en un acto jurídico. Los romanos le llamaron *dies*, y distinguieron el cierto del incierto, según se supiera que había de llegar y cuándo, ó se ignorasen, por el contrario, ambos extremos.

Por sus efectos, es el término suspensivo ó resolutorio. El primero *a quo*, señala el punto ó momento en que ha de nacer un derecho; el segundo, *ad quem*, señala el momento en que el derecho termina.

Los romanos, á más de la institución condicional ó á término, conocían la que los tratadistas llaman *modal*. El *modo*, según dicha legislación, era distinto de la condición y del día: se aplicaba á los actos jurídicos, y en especial á la institución, y significaba, en general, según Mackeldey, toda disposición onerosa, por medio de la cual el que quiere favorecer á otro, limita su promesa, exigiendo de él y obligándose á una prestación en cambio de lo que recibe.

En ocasiones se confundían en los textos legales el modo y

la condición; pero se diferenciaban, sin embargo, en que el modo no suspendía los efectos de la liberalidad, y la condición sí. En la expresión se distinguían también, pues ordinariamente el testador usaba de la conjunción *si* para expresar la condición y *ut* para el modo. Era también preciso prestar caución de que se había de cumplir el modo, ya que los bienes se recibían inmediatamente después de la muerte del testador. En general, el modo era obligatorio, salvo cuando cedía en beneficio exclusivo del interesado. Podían exigir su cumplimiento los coherederos, y á falta de éstos, el magistrado. Si la voluntad del testador puede ser cumplida de una manera equivalente, debe observarse.

Esa misma doctrina se halla admitida en nuestro Código en esta sección, pues el art. 797 dice que no se reputa condición, salvo voluntad en contrario del testador, la expresión del objeto de la institución ó legado ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere; disponiéndose además en el 798, que cuando sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario no pueda tener efecto la institución ó el legado *modal* en los mismos términos ordenados por el testador, deberá cumplirse en los que fueren más análogos y conformes á su voluntad.

Estas indicaciones, que tendrán su debido desarrollo en el sucesivo examen de los diversos artículos comprendidos en la sección presente, nos permiten ya pasar al estudio de la materia objeto de la misma.

ARTÍCULO 790

Las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

El precepto de este artículo es la consagración del principio fundamental indicado respecto de la institución condicional en las consideraciones con que hemos encabezado el estudio de la presente sección.

Condición, según la legislación de Partida, es *manera de palabra que los testadores suelen poner ó dezir en los establecimientos de erederos que los aluegüen la pro de la erencia ó manda fasta que aquella condición es cumplida*; y este es el concepto generalmente admitido, pues conforme á la doctrina sostenida por todos los tratadistas, entiéndese por condición todo hecho ó acontecimiento futuro ó incierto á cuya realización se subordina un acto jurídico; ó, como ha dicho un autor, *la previsión de una circunstancia cuya efectividad en el tiempo y en el espacio ha de ocasionar la realización de derechos hasta entonces eventuales*. En su virtud, al disponer el artículo que examinamos que pueden ser hechas bajo condición todas las instituciones testamentarias, lo mismo las que son ordenadas á título universal, que las que lo fueren á título particular, debe entenderse que por razón de dicho precepto, faculta á todos los testadores para ordenar sus últimas voluntades, haciendo depender la virtualidad y eficacia de las mismas de un suceso futuro é incierto: medio ó procedimiento, utilizado frecuentemente para obligar y compeler á los instituídos á hacer ó dejar de hacer alguna cosa bajo el temor de no conseguir ó de perder en otro caso la herencia ó el legado.

Según la forma y las circunstancias en que se establezcan las condiciones, pueden ser distintas sus consecuencias, y por lo tanto, antes de entrar en el examen de los efectos de las mismas, se hace preciso determinar sus diveras clases ó especies.

Por razón de la forma de su establecimiento, son *expresas* ó *tácitas*, según que se impongan determinadamente, ó se infieran, por el contrario, lógica y jurídicamente de la expresión de la voluntad que las dicte, de tal modo que haya necesidad de considerárselas sobreentendidas en la manifestación de dicha voluntad. Divídense también las condiciones por virtud de su naturaleza y por la posibilidad de su realización en *posibles* ó *imposibles*; las *imposibles* pueden serlo por resultar contrarias á las leyes físicas, á las morales ó á las jurídicas. También se clasifican en *potestativas*, *casuales* ó *mixtas*, según que el hecho que las integre dependa de la voluntad personal ó del azar, ó de ambas

cosas á la vez. Son además *positivas* ó *negativas*, si se cumplen dando ó haciendo alguna cosa en el primer caso, ó dejando de hacerlo en el segundo. Llámanse *conjuntivas*, las que comprenden diversos extremos igualmente obligatorios, y *disyuntivas*, las compuestas también de varios elementos, pero de circunstancias tales, que la realización de uno de ellos excluye la de los demás. Y finalmente, se denominan *suspensivas*, las que detienen la efectividad del derecho á que afectan hasta la consumación de la condición impuesta, y *resolutorias*, las que extinguen por su cumplimiento el derecho creado y mantenido hasta entonces, reponiendo las cosas objeto de ese derecho al estado anterior á la creación de éste.

De las indicaciones que preceden resulta confirmado lo que al principio hemos dicho, ó sea que la institución condicional ó la condición de que dependa la institución de heredero ó de legado, ha de estar constituída por un acontecimiento futuro é incierto de más ó menos posible realización. Ha de ser futuro ese acontecimiento, porque si fuese pretérito ó presente, la institución valdría ó no *simplemente*, y desde luego, según fuera ó no cierto el hecho objeto de la condición, y ha de ser incierto, porque de ser segura su realización, tendríamos un plazo y no una condición á cuya realización se subordinase el acto jurídico ya de un modo suspensivo, ya de un modo resolutorio, y por la voluntad de los que verifican el acto, así como para excluir otras circunstancias que en derecho no son condiciones, aunque en la práctica puedan producir efectos parecidos como la condición supervacua.

Hemos creído necesarias las indicaciones precedentes acerca del concepto general de las condiciones y de sus diferentes clases para poder apreciar después con la precisión debida los efectos jurídicos de cada una de ellas, y las reglas que el Código consigna en los artículos siguientes para regular dichos efectos.

En nuestro antiguo derecho, las leyes del tít. 4.° de la Partida 6.ª, trataban en los términos que más adelante veremos,

de las condiciones que podían ser puestas á los herederos en los testamentos, y la 21 del tít. 9.º de la misma Partida, de las que podían imponerse en la mandas. La jurisprudencia vino con repetición aclarando el sentido y recta inteligencia de dichas leyes y resolviendo las dudas que su aplicación suscitaba; pero al presente es innecesaria la exposición de la doctrina anterior á la publicación del Código, pues ha de tener su lugar oportuno al examinar la reforma introducida por el mismo; restándonos indicar tan sólo que el artículo obieto de este comentario concuerda con análogo precepto de casi todos los Códigos extranjeros, entre los cuales merece partieular mención el 848 del de Italia, cuyo Código reviste un especial interés, tanto en este punto como en todo lo relativo á los efectos que en los actos de última voluntad producen la *condición*, el *término* y otras causas de *modalidad*. Y no sólo reviste ese especial interés, sino que además según algunos autores, resulta muy superior en esta parte á las demás legislaciones europeas que, á diferencia de aquélla, se separaron en tal materia de las fuentes del derecho romano. También pueden verse como concordancias especiales los artículos 909 del Código de Uruguay, el 3386 del de Méjico, el 816 y 844 del de Guatemala, el 1070 y 1080 del de Chile, el 2118 del de Sajonia, el 1118 del de Colombia, y algunos otros.

ARTÍCULO 791

Las condiciones impuestas á los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Carece de precedentes en nuestras leyes el precepto de este artículo, el cual está tomado de los proyectos de Código de 1851 y 1882, pues en el 708 del primero y en el 878 del segundo se consignan análogas prescripciones.

Su razón legal ó el fundamento jurídico del mismo es indisputable y lógico, puesto que el efecto de las obligaciones debe

ser igual, ya se trate de contratos, ya de disposiciones testamentarias, porque de igual modo afectan á la voluntad y á la eficacia de las ordenaciones de los otorgantes, que por alguno de dichos medios disponen de sus bienes. Esta es la regla general; pero como el legislador, al regular esos efectos en cuanto á la institución de heredero ó de legado, no pudo prever todos los casos y modalidades que en la práctica pueden ocurrir, por eso, para evitar dudas y confusiones, ha establecido la norma que debe seguirse en dichos casos, remitiendo á las prevenciones de los artículos 1113 y siguiente para todo aquello que no estuviere especialmente ordenado en esta sección.

Expuesto en el artículo anterior el principio de que todas las disposiciones testamentarias pueden hacerse bajo condición, procedía pasar al estudio de los efectos jurídicos de las diferentes clases de condiciones. Mas antes ha querido consignar esta regla, que ha de servir para determinar los preceptos legales que deben ser invocados ó tenidos en cuenta para apreciar dichos efectos.

La inteligencia de esta regla no puede ser más fácil y clara. Según sus términos, en primer lugar ha de acudirse para regular las instituciones condicionales á las prescripciones de esta sección, y cuando éstas no alcancen ó no basten para dar la norma jurídica, por no estar comprendidas en sus preceptos, entonces regirá como ley supletoria lo dispuesto para las obligaciones condicionales.

Como hemos dicho ya, los proyectos de 1851 y 1882 proponían preceptos análogos, y concuerda además este artículo con el 1128 del Código de Colombia, el 1070 del de Chile, el 3392 del de Méjico, el 885 del de Guatemala, el 909 del de Uruguay, y algunos otros.

ARTÍCULO 792

Las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa.

En este arítculo y en los siguientes de la sección, consigna el Código las reglas que ha estimado más convenientes para regular los efectos jurídicos de las condiciones que pueden imponerse á los herederos y legatarios en sus respectivas instituciones.

Para apreciar con exactitud las modificaciones introducidas en esta materia por la nueva legislación, conviene recordar aunque ligeramente, la doctrina sancionada por nuestro antiguo derecho.

Según él, las condiciones posibles era preciso que se cumpliesen para considerar heredero al instituído (1). Las casuales, siendo de las que podían cumplirse en plazo más ó menos próximo, exigían como precisa su realización antes de entrar el heredero en el disfrute de la herencia; pero si se trataba de un hecho previsto, ó que necesariamente había de ocurrir, desde luego se causaba la herencia (2). En cuanto á las mismas, tenía también establecido dicha legislación que valiese el testamento aunque no se cumpliera la condicion si el heredero era descendiente; pero no siendo extraño (3).

Respecto de las condiciones suspensivas ó pendientes de un suceso futuro, de las imposibles y las dudosas, disponían las leyes 2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª del citado tít. 4.º de la Partida 6.ª, que las primeras debían cumplirse, las segundas tenerse por no puestas, aunque en algunos casos invalidaban la institución, y las dudosas no valían ni eran eficaces.

Las copulativas ó conjuntivas habían de cumplirse en totalidad, y en las disyuntivas sólo era preciso cumplir cualquiera de ellas, siguiéndose á ser posible el orden en que fueron establecidas por el testador (4). Las voluntarias, si pendían de la voluntad de aquel á quien se imponían, debían ser cumplidas para ser eficaz la institución, y, por el contrario, si dependían de la

---

(1) V. ley 7.ª, tít. 4.º de la Partida 6.ª
(2) V. ley 8.ª del mismo título y Partida citados en la nota anterior.
(3) V. ley 9.ª, tít. 4.º de la Partida 6.ª
(4) V. ley 13, tít. 4.º de la Partida citada.

de un tercero, era válida dicha institución, aunque no se cumpliera la condición impuesta (1).

La institución á día cierto creaba derechos transmisibles á los herederos de los instituídos desde el fallecimiento del causante. La ley 11 del citado tít. 4.º exigió que las condiciones sólo se impusieran en la parte libre de la herencia que los padres dejasen á sus hijos, con tal que éstos pudieran cumplirlas; y la 12, previendo el caso de que se impusiera á un heredero condiciones posibles y á otro se le instituyese simplemente, ordenó que éste sucediera al testador tan pronto como muriera el causante y que el primero sólo entrara en el disfrute de la herencia después de cumplirse la condición. Finalmente, las leyes 21 y siguientes del tít. 9.º de la misma Partida 6.ª, tratan en términos análogos de los legados y de los efectos de las condiciones impuestas á los legatarios.

Otras varias disposiciones podríamos citar que regían los efectos de las condiciones; pero las indicadas bastan para que se comprendan las diferencias existentes entre el derecho antiguo y el moderno, pues dichas diferencias aparecen claramente de la doctrina expuesta con referencia á una y otra legislación.

Limitándonos por ahora á indicar las más especiales con relación á las condiciones imposibles, debemos ante todo advertir que en el estado legal formado por la anterior legislación, las condiciones imposibles que lo eran *contra natura* se tenían por no puestas; las que lo eran por derecho, en cuyo concepto se encontraban comprendidas también las contrarias á la honestidad, á las buenas costumbres, á las obras de piedad y á las leyes, no obstaban á la institución ó al legado, y por lo tanto, subsistían éstos aunque no se cumpliese la condición, según la ley 3.ª, título 4.º de la Partida 6.ª, tantas veces citada, que se ocupaba de ambas clases de condiciones; y las llamadas imposibles de hecho invalidaban la institución ó el legado conforme á la ley 5.ª del mismo título y Partida; y ahora, con arreglo á la reforma in-

(1) V. ley 14 del mismo título y Partida.

troducida por el Código, todas ellas se tienen por no puestas sin distinción, cualquiera que sea la causa y la razón ó el concepto de su imposibilidad. Y no sólo se las declara así ineficaces, sino que además se preceptúa que no perjudicarán en nada al heredero ó legatario, *aun cuando el testador disponga otra cosa*. Es decir, que se prescinde de la voluntad del testador, á pesar del constante principio jurídico de que dicha voluntad debe ser la ley que rija la sucesión.

Algunos han censurado esa declaración, valientemente hecha por los autores del Código, que han creído en contraposición con la doctrina corriente y fuera de la autorización concedida en la ley de bases; pero bien considerada, se comprende que dicha prevención es una lógica derivación del principio metafísico y jurídico de que lo que en sí no es posible, no puede subsistir ni surtir efecto alguno; y hallándose en este caso las condiciones indicadas, por la imposibilidad de su realización ó cumplimiento, no pueden anular en ningún modo la institución, toda vez que no son susceptibles de surtir ningún efecto.

La misma doctrina, aunque distribuída en varios artículos, establecen el Código de Sajonia (1) y algunos otros, en los cuales se preceptúa también, que las condiciones *física ó legalmente* imposibles, ya sean de hacer ó de no hacer, se tengan por no puestas, añadiendo que si la condición que era imposible al tiempo de otorgarse el testamento, dejara de serlo al de la muerte del testador, será válida y eficaz.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 709, proponía preceptos análogos al que examinamos, y si bien contenía un segundo párrafo, en el que se hacía extensiva tal prescripción á las condiciones negativas ó de no hacer, el nuevo proyecto de 1882 le suprimió, limitando en su art. 879 la extensión del mismo á sus justos términos con notorio acierto, porque no todas las condiciones negativas son imposibles ni contrarias á las moral, á las buenas costumbres y á las leyes.

---

(1) V. arts. 2117, 2125 y 2129.

Concuerda además este artículo con el 992 del Código de Uruguay, el 821 del de Guatemala, el 3388 y 3389 del de Méjico, el 849 del de Italia, el 900 del de Francia, el 698 del de Austria, el 3251 y 3252 del de la Baja California, y algunos otros.

ARTÍCULO 793

La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

Podrá, sin embargo, legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación, ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

Nuestro derecho común, anterior al Código, no se ocupó de esta condición, si bien sus comentaristas inspirados en el derecho romano, trataron de encontrar alguna huella de la misma en la ley 17, tít. 11 de la Partida 5.ª, y en la ley 16 de Toro, á pesar de lo que puede decirse que el proyecto de Código de 1851, del cual trae su origen el precepto que examinamos, se inspiró al establecerlo en varios Códigos extranjeros, y especialmente en el de Austria.

Como ampliación y complemento de las indicaciones que preceden acerca de la doctrina expuesta por los intérpretes de nuestro antiguo derecho respecto de esta clase de condiciones, puede verse lo dicho por Covarrubias (1), Gómez (2), Gregorio López (3) y *Mayans* (4), los cuales, con gran competencia y con su conocida ilustración, tratan esta materia.

En cuanto á las legislaciones forales, algunas de ellas reconocen dicha condición, estando permitida en Aragón aquella por

---

(1) V. *De matrimonio*, parte 2.ª, capítulo 3.º, párrafo 9.º
(2) V. libro 1.º *variarum*, capítulo 11, y en la ley 16 de Toro.
(3) V. comentario á la ley 17, tít. 11 de la Partida 5.ª
(4) V. tomo 2.º, *Disp. jur. disput.* 3.

la cual el instituído debe casarse en cierto tiempo, y, por el contrario, son nulas, como contrarias á la moral y á las buenas costumbres, las de que no se case sin el consentimiento de determinada persona, excepto cuando, por no ser cumplida, fuese á parar la herencia á alguna obra pía, y la de que se case con persona de determinada familia.

Volviendo á los términos del artículo objeto de este comentario, debemos indicar que, á pesar de la claridad de los mismos y de la lógica que inspira sus declaraciones, se ha creído encontrar cierta contradicción en el segundo de los párrafos de que consta, con el principio establecido en el primero, pues según dicen, lo que no es moral ni conforme á la naturaleza respecto de unos, no puede serlo en cuanto á los otros, por más que en estos otros se refiera el Código al viudo ó á la viuda, y que esa imposición á que el artículo se contrae, la hiciere el consorte testador, los ascendientes ó los descendientes de éste, pues dicen que eso sólo conduce unas veces á violentar la naturaleza y á simular estados que no se tienen, y otras á que el cónyuge superviviente, por la edad ó por la posición precaria en que pudiera quedar, tenga que sufrir una vida de penalidades ó de sacrificios que no la hubiera consentido ni querido jamás el testador que impuso tal condición; y con mayor motivo pueden ocurrir esas desgraciadas consecuencias si el supérstite fuere la mujer que careciere de bienes propios, cuyos males no puede evitar en todo caso la herencia en usufructo concedida á la viuda ó al viudo, especialmente si el marido fuese también pobre ó de escasa fortuna.

Ferreira, el ilustre comentador del Código portugués, encuentra también contraria á la moral la condición indicada, aun limitándola al viudo, porque prohibiéndosele pasar á segundas nupcias, puede eludirla fácilmente entregándose á una escandalosa mancebía, no impidiéndole además el prohijamiento de la prole habida en esa unión reprobada. No desconocemos la fuerza y los fundamentos de tan autorizada impugnación, pero á pesar de ella, entendemos que los autores del Código, al ex-

ceptuar de la declaración contenida en este artículo la prohibición de futuro matrimonio impuesta al viudo ó viuda, procedieron con prudencia y acierto notorios, pues al llegar á este punto encontrábanse con altísimos respetos que habían de guardar, y que debían escapar de la acción del legislador Por eso adoptaron el temperamento y la solución consignada en el artículo, declarando ineficaz la indicada condición, excepto en el caso de ser impuesta al supérstite por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste, para evitar que los bienes dejados á aquél por consideración al cónyuge premuerto, fueran disfrutados á virtud del segundo ó ulterior matrimonio por la persona que con más ó menos ofensa de su memoria hubiera venido á ocupar su puesto en la familia.

Ahora bien: indicado el motivo de la ley, ¿cuál es la recta inteligencia de la misma? ¿Qué es lo que se debe entender por condición *absoluta* de no contraer primero ó ulterior matrimonio?

Entienden los autores que lo que la ley condena es la prohibición absoluta de casarse, cualquiera que sea la persona con quien hubiera de unirse en matrimonio. Esto mismo es lo que venía á decir Gómez al hablar de la condición que induce viudez ó soltería, respecto de tiempo, persona y lugar, como si se dijera «que no se casara con persona alguna en ningún tiempo ni lugar» ó «que permanezca en soltería ó viudez».

Cuando se emplee esa absoluta fórmula, cuyos términos no admiten limitación alguna ni de tiempo ni de persona y lugar, entonces no puede caber la menor duda de la ineficacia de la condición. Pero á más de esta prohibición, los testadores pueden imponer por razones especiales otras condiciones que limiten más ó menos la libertad del instituído para la elección de su estado, y éstas no ha podido dejar de respetarlas el legislador, estableciendo para distinguirlas la calificación que hemos indicado. Es, pues, absoluta la prohibición que no autoriza excepción alguna, y relativa aquella que en algún modo la admite; y á la primera de ellas es á la que la ley se refiere en el artículo que examinamos.

Con razón, por tanto, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1899, que es válida la condición impuesta al heredero de no contraer matrimonio con determinada persona, porque no es esta la condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, á que se refiere el artículo 793.

Este artículo se refiere á condiciones resolutorias, lo mismo en el párrafo primero que en el segundo. Se trata de herederos que entran desde luego en el disfrute de los bienes, y que deben perderlos al cumplirse la condición, ó sea al contraer matrimonio. La condición en forma suspensiva no tendría en estos casos razón de ser, porque hasta la muerte del instituído no podrá conocerse si se cumplía ó no la condición, resultando que el heredero nunca llegaría á serlo, ó que la condición se imponía á quien en caso alguno debía heredar.

Parece notarse cierta contradicción entre el párrafo primero y el segundo del artículo que nos ocupa, y que los efectos, diametralmente opuestos de la institución, dependen sólo de un juego de palabras, de la forma empleada por el testador al instituir. No es así, sin embargo, de un modo absoluto. El segundo párrafo sólo se refiere á la transmisión de derechos que se extinguen con la vida del instituído: usufructo, uso, habitación, ó renta vitalicia. Como el heredero ó legatario no puede en caso alguno transmitir á sus herederos un derecho que ha de extinguirse cuando él muere, su estímulo para cumplir ó no la condición impuesta, es mucho menor que en el caso primero. No obstante, no puede negarse que aún queda el estímulo suficiente para que la condición absoluta de no contraer matrimonio resulte inmoral, pues no cabe duda que el hecho de legar á cualquiera el usufructo ó una pensión *mientras* permanezca soltero ó viudo, ó por el tiempo que permanezca en uno ú otro estado, significa para el legatario la amenaza de perder su derecho en cuanto llegue á contraer matrimonio.

Cuando la condición se impone al viudo ó viuda por su difunto consorte, ó por los ascendientes ó descendientes legítimos

de éste, es desde luego válida. En evitación de peligros y situaciones peores que los que se tratan de prevenir en esta parte del artículo, convendría adicionarle un párrafo más que determinase como criterio legal, para el caso de no preverse la situación por el testador, que el hecho de entregarse el viudo ó la viuda á una vida licenciosa, ó contraer con más ó menos publicidad relaciones inmorales, se entendería quebrantamiento de la condición impuesta, motivando la pérdida del derecho asignado.

Cabe que un padre natural reconozca un hijo en su testamento, instituyéndole heredero, y designándole como sustituto á su madre, con la condición de que ésta no se case. Claro es que el art. 793 no se refiere más que al viudo ó viuda y á parientes legítimos; pero admitida la excepción respecto á éstos, tal vez convendría prever el caso expuesto, y reflexionar si debía ó no dársele la misma solución.

El art. 793 no tiene precedente alguno en el derecho patrio, pero sí en el romano, en el que era permitido imponer dicha condición á los viudos (1), y para asegurar su cumplimiento, la Novela 22, capítulo 43 y 44, estableció la caución Muciana. En cuanto á la prohibición relativa, admitida estaba por la ley 63, título 1.º, libro 35 del Digesto, como condición permitida en las sucesiones.

Los proyectos de Código de 1851 (2) y 1882 (3) propusieron preceptos análogos, aceptando la doctrina corriente en la teoría y en la mayor parte de los Códigos extranjeros. El de Italia, en su art. 850, preceptúa que es contraria á la ley la condición prohibitoria de las primeras ó segundas nupcias, produciendo, sin embargo, efecto la condición de viudez expresada en cualquiera disposición testamentaria de un cónyuge en favor del otro. El de Uruguay, en su art. 914, establece á su vez que la condición de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tiene

(1) V. leyes 2.ª y 3.ª, tít. 40, libro 6.º del Código.
(2) V. art. 713.
(3) V. art. 880.

por no puesta y en nada perjudica al heredero ó legatario; el de Guatemala (1) determina que igualmente se tendrá por no puesta la condición de no casarse; pero según él, es válida la que se dirija á impedir el matrimonio con determinada persona. Otros muchos casos pudiéramos citar; pero los expuestos bastan para formar juicio del criterio seguido en este punto por la mayor parte de las legislaciones, limitándonos á indicar que igual precepto consignan los arts. 3402 y 3403 del Código de Méjico y 3265 y 3266 del de la Baja California, y que también contienen disposiciones análogas el art. 700 del de Austria, el 1132 y siguientes del de Colombia, el 1074 y siguientes del de Chile, el 1808 del de Portugal, el 2135 y siguientes del de Sajonia, y algunos otros.

ARTÍCULO 794

Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona.

En derecho romano, llamábanse *captatorias* las disposiciones de última voluntad á que este artículo se contrae, y en general eran prohibidas, no produciendo efecto jurídico alguno: *Captatoriae scripturae neque in hereditatibus, neque in legatis valent*, según prescribía dicha legislación, la cual sólo les reconocía validez cuando se referían las condiciones á tiempo pasado ó testamento hecho (2).

El precepto de este artículo es consecuencia del principio aceptado por el Código, y sancionado por el art. 669, según el que debe ser personalísima la testamentifacción activa. La justicia de su disposición está fuera de toda duda, porque de admitirse las disposiciones testamentarias en los términos indicados, se convertiría en un acto rigurosamente contractual, lo que

(1) V. art. 822.
(2) Véanse las leyes 70 y 71, tít. 5.°, libro 28 y 64, título único, libro 30, ambos del Digesto.

debe ser mera y personal ordenación de la voluntad de un sólo individuo.

Esa cláusula ó condición de que el heredero ó legatario haga á su vez en su testamento alguna disposición á favor del testador ó de otra persona, es contraria á la buena fe y á la naturaleza de los testamentos, y como coercitiva de las facultades del instituído, conculcaría la libertad de la propiedad y la libre testamentifacción del heredero, viniendo á disponer el testador, no sólo inmediatamente para después de su muerte, sino aun para después de la de sus herederos. Por eso, todas las legislaciones modernas están conformes en privar de eficacia á dicha condición.

No contraviene el precepto del art. 794, la disposición testamentaria en la que el testador impone á su heredero la obligación de conciencia de hacer testamento y designar en él una persona de confianza encargada de continuar determinadas obras benéficas (Resolución de 19 de Julio de 1909.)

El proyecto de Código de 1851, en el párrafo 1.º de su artículo 559, y el de 1882 en el 881, propusieron preceptos análogos, y concuerda el artículo que examinamos con el 1809 del Código de Portugal, el 3390 del de Méjico, el 852 del de Italia, el 1059 del de Chile, el 1117 del de Colombia, el 3253 del de la Baja California, y algunos otros.

Del examen comparativo de dichos artículos en relación con el de nuestro Código, resulta que éste al extender la nulidad decretada por el mismo aun al caso en que la disposición ulterior del heredero ó legatario hubiera de ser hecha en favor de persona distinta del testador, ha procedido con mayor lógica y con más acierto que algunas legislaciones extranjeras, que como la italiana y la chilena, limitaron la prohibición á las ordenaciones en favor del testador, sin ampliarla á las hechas en beneficio de las demás personas. La razón de derecho y el fundamento legal es el mismo en uno y otro caso, puesto que igualmente atenta á la libre testamentifacción activa la condición en uno y otro supuesto, y por lo tanto, no tiene justificación alguna la distinción establecida en dichas legislaciones.

ARTÍCULO 795

La condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador.

Exceptúase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse.

Tanto este artículo como el siguiente son de origen exclusivamente romano, teniendo sus precedentes en las leyes 2.ª y 10, título 1.°, libro 35 del Digesto. De dicha legislación pasó á nuestro antiguo derecho (1), y adoptados fueron los principios que informan tal precepto en los proyectos de Código de 1851 (2) y 1882 (3).

Cuando las condiciones á que se refiere el presente artículo no son impuestas á término, cuyo plazo haya de esperarse para su cumplimiento, sino que dependen única y exclusivamente de la voluntad del heredero y del hecho de la muerte del testador, es indudable que deben llevarse á efecto tan pronto ocurra dicho fallecimiento, toda vez que de este acontecimiento se deriva la exigibilidad de la misma. Pero como el obligado á su cumplimiento pudiera ignorar el fallecimiento, por eso se añade en el artículo que deberán ser cumplidas una vez enterado de dicha muerte el heredero ó legatario.

El artículo iguala al heredero y al legatario en el deber impuesto por el mismo para evitar toda duda respecto de la obligación en que igualmente se hallan; pero aunque esto no se determinase claramente, bastaría para entenderlo así lo prevenido con anterioridad, al establecer como regla general el principio de que todo lo dispuesto para la institución de heredero se entendía aplicable á los legados.

---

(1) V. ley 14, tit 4.°, Partida 6.ª
(2) V. art. 710
(3) V. art 882

Desde luego se comprende que si la condición ya cumplida por cualquier motivo antes del fallecimiento del testador ó antes de tenerse conocimiento de su muerte, no pudiera tener efecto de nuevo, resultaría de imposible aplicación la regla consignada en el artículo, y por eso la ley ha admitido la excepción consignada en el párrafo 2.º del mismo, puesto que en los términos de la posibilidad está, y con más ó menos frecuencia suele ocurrir, que la condicion impuesta para después de la muerte, como, por ejemplo, la de haber de contraer matrimonio el favorecido por la institución, resulte cumplida antes de la muerte del causante.

La primera parte del artículo que examinamos concuerda en el fondo con el 1125 del Código de Colombia, y la segunda con el 1130; pero debe tenerse en cuenta que según dicha legislación, el precepto de la primera de dichas partes se entenderá aplicable cuando aprovechase al signatario el rehusar el cumplimiento de la condición; y en cuanto á la segunda, hay que distinguir si el testador sabía ó no que había sido cumplida, al tiempo de testar, pues en el primer caso, sólo si no puede reiterarse se tiene por cumplida, y en el segundo se considera siempre como cumplida cualquiera que sea la naturaleza del hecho, y por lo tanto, aunque pudiera ser reiterada. Lo mismo puede decirse del Código chileno, cuyos artículos 1067 y 1072 se ocupan de esta materia.

No son esas las únicas diferencias que nos ofrece el estudio de la legislación comparada en este punto, pues no todos los Códigos han seguido el mismo criterio. El de Sajonia, en su artículo 2124, dice que es nula la condición que dependa únicamente de la voluntad del que haya de ser obligado por ella; pero, por el contrario, será válida si tiene por objeto un acto ostensible del mismo. Análoga disposición contiene el de Austria en su art. 705. El de la Baja California en sus artículos 3259 y 3260, y el de Méjico en los artículos 3393 y 3397, tratan también con separación ambos casos, disponiendo respectivamente en los primeros de los artículos citados que si la condición impuesta es puramente potestativa ó de dar ó hacer alguna cosa, y ofrece

cumplirla el gravado con ella, pero rehusa aceptar la cosa ó el hecho aquel en cuyo favor se estableció la condición, se tendrá ésta por cumplida; y en los segundos de los artículos citados se previene que se tendrá por cumplida la condición potestativa, aun cuando el heredero ó legatario la hayan llevado á efecto antes de que se otorgara el testamento, á no ser que pueda reiterarse la prestación, en cuyo caso será ésta obligatoria si el testador hubiera tenido conocimiento de la primera; pero no si no concurriere este último requisito.

Otras varias diferencias pudiéramos registrar, pero nos bastan las expuestas. Análogas concordancias pueden encontrarse en los arts. 857 del Código de Italia, 913 del de Uruguay y algunos otros.

ARTÍCULO 796

Cuando la condición fuere casual ó mixta, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa.

Si hubiese existido ó se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida.

Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

De origen romano este artículo, como el anterior, reproduce lo establecido en nuestro antiguo derecho por la ley 23, tít. 9.º de la Partida 6.ª, teniendo también sus precedentes en las leyes 9.ª, tít. 4.º, y 34, tít. 11 de la misma Partida, y las 12 y 14, título 11 de la Partida 5.ª En el derecho romano encuéntranse también precedentes en las leyes 8.ª, tít. 25, libro 6.º del Código; 11, párrafo 1.º, tít. 1.º, y 10, tít. 1.º, ambos del libro 35 del Digesto, y en la 45, párrafo 2.º, libro 31, también del Digesto.

Según hemos indicado ya, al Código ha pasado, como á las obras de todos los tratadistas modernos, la antigua clasificación de las condiciones; y habiéndose ocupado el legislador en el artículo anterior de las puramente potestativas, en el presente se regulan conjuntamente las casuales y las mixtas.

En cuanto á las primeras de ellas, como el término casual se contrapone al potestativo, por depender de hechos extraños á la voluntad y á la actividad del instituído por heredero ó legatario, es indudable que para existir dichas condiciones se requiere la concurrencia de hechos ó actos de un tercero ó independientes de aquél, y, por lo tanto, poco importa que el favorecido por la institución tome ó no alguna participación en la realización del hecho de que dependa la condición.

Esta ligera indicación basta para demostrar la diferencia que ofrece el criterio seguido por la ley en cuanto al tiempo del cumplimiento de dichas obligaciones y á las personas obligadas á su ejecución.

Según ha dicho un autor, el principio que rige esta materia consiste en que aquello que debe hacerse en cumplimiento de la voluntad del testador, y, por obediencia á ella, ha de ser posterior á la apertura de la sucesión, ó sea después del fallecimiento del causante, puesto que hasta entonces puede ser modificada dicha voluntad y no adquiere eficacia jurídica la disposición testamentaria; pero aquellas otras condiciones que no traen su origen de la voluntad del instituído ni pertenecen á su propia actividad, porque no depende de ella el que se cumplan ó no, es evidente que no pueden ser tenidas como acto de personal obediencia á la voluntad del testador, y no necesitan que dicha voluntad se consolide por el fallecimiento sin la previa modificación de las mismas, siendo en su virtud indiferente el que se realicen antes ó después de la apertura de la sucesión. Por eso el artículo anterior previene terminantemente que las condiciones potestativas han de ser cumplidas en todo caso por el heredero ó legatario y después de muerto el testador; y, por el contrario, el presente artículo permite que se cumplan en cual-

quier tiempo, vivo ó muerto el causante, las casuales, sin exigir que tenga efecto su cumplimiento por la misma persona favorecida con la herencia ó el legado.

Este mismo criterio es el que ha de aplicarse lógica y racionalmente á las condiciones mixtas, y por eso han sido comprendidas también en el artículo que examinamos; pero tanto unas como otras, si bien pueden ser cumplidas indistintamente antes ó después de la muerte del testador, implícitamente se sobreentiende que su cumplimiento ha de tener lugar después del otorgamiento del testamento, porque antes no existe voluntad testamentaria que cumplir, á menos que el otorgante, al disponer su última voluntad, ignorase que dicha condición había sido ya cumplida, ó, en otro caso, fuera ésta de aquellas que no son susceptibles de reiteración.

Es doctrina corriente, mantenida constantemente desde las leyes del Digesto, que las condiciones para lo futuro pueden ser de tres clases, según que se refieran al tiempo en que el testador viva, al posterior á la muerte ó á los dos á la vez. Esto sentado, como hay condiciones que sólo pueden ser cumplidas de una vez y otras que son susceptibles de reiteración después de su cumplimiento, el Código, teniendo en cuenta esa diferencia, ha consignado las disposiciones contenidas en los párrafos 2.º y 3.º, las cuales son una confirmación del criterio adoptado en el artículo anterior, respecto de las condiciones no reiterables, por más que algunos comentadores han supuesto lo contrario.

La diferencia que se observa depende de la especial naturaleza de las condiciones casuales y mixtas. En las potestativas, como la razón legal es que se cumplan después de la muerte, porque hasta entonces puede ser modificada la voluntad de que dependen, sólo puede darse eficacia á la cumplida antes cuando no pudiera ser reiterada; pero en las casuales y mixtas, siendo eficaz su realización en cualquiera de dichas épocas, la ley las tiene por cumplidas siempre, si existieron aun antes de ser puestas en el testamento, y sólo exige su reiteración cuando el otorgante tenía conocimiento de ello y fuera posible su cumplimiento.

Es decir, que tratándose de condiciones cumplidas ya con anterioridad al otorgamiento de la disposición testamentaria, hay que distinguir si el otorgante tenía ó no conocimiento de dicha circunstancia; y aun en el caso de tenerlo, hay también que apreciar si es ó no susceptible de reiteración la condición impuesta. En el caso de que no tuviere conocimiento de dicha realización, se tendrá por cumplida; si, por el contrario, le era conocido su cumplimiento y puede ser reiterada, habrá que cumplirla otra vez, porque resulta manifiesta en dicho caso la voluntad del testador de que se lleve á efecto nuevamente; y por último, si no puede ser reiterada, se tendrá por cumplida, como sucede con las potestativas. La razón legal es idéntica en ambas clases de condiciones, y como se ve, es igual también el criterio seguido respecto de ellas por el legislador.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 712, y el de 1882, en el 883, establecieron preceptos análogos; y aunque son pocos los precedentes concretos que tiene en la legislación comparada el artículo que examinamos, encuéntranse algunas concordancias en el 91 del Código de Uruguay, en el 3400 y 3401 del de Méjico, en el 1072 del de Chile, y en el 3263 y 3264 del de la Baja California.

ARTÍCULO 797

La expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación.

Reproduce este artículo la doctrina establecida en nuestro antiguo derecho por la ley 21, tít. 9.º de la Partida 6.ª, la cual,

conforme á los precedentes romanos (1), llamaba *modo* á esta forma de suceder, ó mejor dicho, á esta clase de condiciones, consistentes en la determinación del objeto de la institución ó de la aplicación que deba darse á todo ó parte de lo dejado por el testador ó en la imposición de una carga ó gravamen al heredero ó legatario.

Desde luego se comprende que no puede considerarse como condicional la disposición hecha en los términos indicados, por el sólo efecto de expresarse el objeto de la misma ó la carga impuesta, no habiendo ordenado el testador que tal expresión se tenga como condición del otorgamiento. Por eso, de acuerdo con la doctrina indicada, y con los principios jurídicos que en su esencia regulan la sucesión, con independencia de las circunstancias accidentales que dan origen á las diversas modalidades de la misma, los herederos ó legatarios en tal forma instituídos pueden pedir, desde que la sucesión se abra por el fallecimiento del causante, los bienes en que consista la herencia ó el legado, siendo, por lo tanto, transmisibles á los herederos de los favorecidos, siempre que prestaren la fianza correspondiente.

Algunos intérpretes de nuestro derecho han planteado la cuestión de si la obligación de afianzar debía entenderse limitada al instituído ó á sus herederos. La ley de Partida ya citada, decía que la manda hecha en la forma indicada, debía ser entregada á aquel en cuyo favor fuere hecha *dando recabdo de que se trabajará de cumplir lo que mandó el testador;* y fijándose algunos en que dicha disposición, al imponer el deber de la caución, sólo habla del favorecido por la institución de la herencia ó del legado, entendían limitada á éste la obligación. Pero basta tener en cuenta que el heredero del instituído era llamado al goce de los bienes con las mismas condiciones y con iguales deberes que éste, para comprender que obligado venía también á prestar caución para el aseguramiento de la voluntad del testador. A fin de

(1) V. ley 17, párrafo 4.°, tít. 1.°, libro 35 del Digesto; y 2.ª, tít. 45, libro 6.° del Código.

evitar toda duda, el proyecto de Código de 1851, en su art. 714, extendió la obligación de afianzar, tanto al heredero y legatario modal, como á los causahabientes de éstos. Sin embargo, la alteración hecha en su texto por el artículo que examinamos, ha suscitado de nuevo la controversia respecto á la interpretación y crítica del precepto contenido en el párrafo 2.º del mismo.

Según unos, sólo puede referirse la obligación de afianzar á los herederos del favorecido por la institución, pues de lo contrario resultaría caprichosa y sin objeto la corrección hecha: según otros, ni aun con esa limitación puede considerarse justa y racional dicha obligación, porque si la institución no es condicional, como el mismo artículo expresa, no se comprende á juicio de dichos impugnadores, la necesidad de esa fianza, que sólo puede imponerse para garantir el cumplimiento de una condición; y si, por el contrario, se halla establecida esa garantía para asegurar la efectividad de una disposición testamentaria, con igual razón, añaden, sería necesario exigirla á todos los albaceas á quienes el testador hubiere impuesto el modo de disponer de los bienes de la herencia. Pero los términos del artículo son tan claros y precisos, que sólo el espíritu de crítica, en que se han inspirado algunos comentadores del Código, puede motivar las dudas suscitadas, y por lo tanto, entendemos innecesaria mayor exposición acerca del objeto y alcance de la disposición consignada en el mismo.

Véase además, como ampliación de este comentario, cuanto tenemos dicho ya acerca de la institución *modal* y de las diferencias entre *modo* y *condición*.

El concepto ya indicado respecto de la forma y circunstancias de dichas instituciones, resulta más claramente determinado en los arts. 918 y 919 del Código de Uruguay, pues en el primero de ellos se preceptúa, que cuando se deje algo á una persona para que lo tenga por suyo con la obligación ya dicha de aplicarlo á un fin especial ó de cumplir ciertas cargas, dicha expresión es *un modo* y *no una condición suspensiva,* juzgándose que la disposición es modal si pareciere dudosa la intención del

testador; y en el segundo de los artículos citados se establece que el *modo* no impide la adquisición del derecho ni su ejercicio, y que lo dejado *modalmente* puede pedirse desde luego, ampliando su precepto hasta el punto de autorizar dicha reclamación sin necesidad de que se dé fianza de restitución, para el caso de no cumplirse el *modo.*

Aunque nuestro Código no ha seguido fielmente en el párrafo primero de este artículo la redacción del 918 del de Uruguay, su espíritu es el mismo y, como él, ha querido que la expresión mencionada del objeto de la institución, ó de la aplicación que haya de darse á los bienes de la misma, ó de la carga impuesta al favorecido, no se entienda, para los efectos jurídicos, como una condición, más que en el caso de que de una manera indudable resulte que esa fué la voluntad del testador. Por lo tanto, en caso de duda, habrá de estimarse *modal* y no *condicional* la institución.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 884, propuso análogo precepto, determinándose aun más que en el de 1851 dicha forma de institución como *modo* y no como *condición* propiamente dicha; y concuerda además el artículo que examinamos con el 709 del Código de Austria, el 1089 y el 1095 del de Chile, el 1147 y 1153 del de Colombia, el 3405 del de Méjico y algunos otros.

ARTÍCULO 798

Cuando, sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, no pueda tener efecto la institución ó el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes á su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla, ó no, impidiere su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se considerará cumplida la condición.

El precepto de este artículo viene á reproducir también la doctrina romana, siendo fiel trasunto de la ley 16, tít. 2.º, libro 33 del Digesto. El primer párrafo es copia exacta del artículo 715 del proyecto de Código de 1851, y el segundo tiene su precedente en la ley 22, tít. 9.º de la Partida 6.ª

Los términos en que se halla concebido el presente artículo son claros, precisos y de fácil inteligencia, resultando innecesario todo comentario. La razón de su precepto estriba en que la imposibilidad del cumplimiento de la condición sea independiente de la voluntad del heredero ó legatario obligado á cumplirla, pues si hubiere culpa por su parte, ó dependiere la causa de dicha imposibilidad de actos propios del instituído, entonces quedaría ineficaz la institución, y no habría por qué buscar para su realización los medios de mayor analogía ó que más en concordancia estén con la voluntad del testador.

En relación se halla este artículo con lo dispuesto en el 675 y en el 1119 del Código, especialmente en lo que se refiere al párrafo último, al darse por cumplida la condición, cuando sin culpa del heredero ó legatario impide el cumplimiento de ella el interesado en que se realice ó no.

Como hemos indicado ya, el proyecto de Código de 1851 estableció precepto análogo en su art. 715. Lo mismo hizo el 895 del proyecto de 1882, y análoga disposición contienen también los párrafos 1.º y 2.º del art. 1151 del Código de Colombia, y el 1093 del de Chile, los cuales establecen además que en el caso de tener que cumplirse en términos distintos de los ordenados por el testador, si bien en los demás adecuados y conformes á su voluntad es necesaria la aprobación por el juez, con citación de los interesados: precaución y garantía que ha merecido el elogio de todos los tratadistas.

Concuerdan también con el artículo que examinamos el artículo 3387 del Código de Méjico, el 922 del de Uruguay, el 3250 de la Baja California y algunos otros.

ARTÍCULO 799

La condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

Tanto nuestros jurisconsultos como las antiguas leyes estaban conformes en conceder efecto retroactivo á la condición suspensiva cumplida, puesto que por efecto de su cumplimiento le eran reconocidos al heredero ó legatario sus respectivos derechos, á partir desde el día de la muerte del testador, retrotrayendo á esta fecha la adquisición de dichos derechos, cualquiera que fuese la en que había sido realizada la condición. Pero á pesar de ser esa la doctrina corriente, no existían, sin embargo, precedentes concretos en nuestra anterior legislación que contuvieran la declaración expresa de que la condición suspensiva no impedía al heredero ó legatario adquirir y transmitir á sus herederos los derechos derivados de su respectiva institución; y esa necesidad ha venido á llenar el artículo que examinamos.

No todos los Códigos están conformes con ese principio, mantenido siempre por nuestro derecho. En efecto: el de Uruguay declara lo contrario, pues, según su art. 917, las disposiciones testamentarias otorgadas bajo condición suspensiva no confieren derecho alguno al instituído, ya sea heredero, ya legatario, mientras no se cumpla la condición impuesta, salvo los actos conservatorios necesarios, no transmitiendo ninguna acción ni derecho á sus causahabientes el instituído que falleciere antes de dicho cumplimiento; y hasta tal punto ha extendido el principio contrario al de nuestro Código, que expresamente previene que, aun cumplida la condición, no tendrá derecho á los frutos percibidos en el intermedio si el testador no se los hubiere concedido de una manera indudable, privando así de efecto retroactivo á dichas condiciones. Lo mismo sucede con el

de la República Argentina, cuyo art. 3771 preceptúa que, los legados subordinados á condición suspensiva ó á un término incierto, no se adquieren por los legatarios sino desde el cumplimiento de la condición ó desde que llega el término incierto; si bien luego distingue el caso de que dicha condición se imponga, no á la disposición misma de la institución del legado, sino á la ejecución ó pago de éste, en cuyo caso debe considerarse como puro y simple el legado para los efectos de su adquisición y transmisión á los herederos del legatario (1). Además, lo mismo que el Código de Uruguay, autoriza al instituído para los actos conservatorios de su derecho antes de que llegue el cumplimiento de la condición ó el término incierto fijado, pudiendo, por lo tanto, pedir la separación de los patrimonios ó de la cosa legada y deducir las acciones procedentes contra las terceras personas que estuvieren detentando los bienes objeto del legado. El de Chile (art. 1078) y el de Colombia (art. 1136) siguen el mismo criterio.

Por el contrario, el Código de Italia (2), el de Portugal (3), el de Guatemala (4), el de Méjico (5), el de la Baja California (6), el de Francia (7) y algunos otros, se informan en los mismos principios que el nuestro, cuya doctrina es también la más comunmente aceptadada hoy por los tratadistas.

Mucho se ha discutido por los autores acerca del efecto adquisitivo de derechos en la institución sometida á condición suspensiva aun antes del cumplimiento de dicha condición.

De dicha cuestión se ocuparon brillantemente Troplong (8), Pothier (9), Aubry y Rau (10), Duranton (11), y otros muchos

(1) V. art. 3772.
(2) V. art. 854.
(3) V. art. 1810.
(4) V. art. 820.
(5) V. art. 3391.
(6) V. art. 3254
(7) V. art. 100.
(8) *Testament,* núm. 1872.
(9) *Donat* y *Testament;* cap. 5.°, parte 2.ª, § 31 y siguientes.
(10) Parag. 717.
(11) Tomo 9.°, núm. 306.

escritores nacionales y extranjeros; pero hoy es corriente la opinión de que la condición citada no surte otro efecto especial que el de suspender *la ejecución de la disposición testamentaria,* según la intención del testador, y en nada altera ni modifica las consecuencias jurídicas de la institución, en cuanto á la creación y adquisición del derecho á los bienes objeto de la misma, los cuales se causan y nacen, como todos los derechos sucesorios, desde el fallecimiento del causante de la sucesión, ya esté ó no sujeta la efectividad de ese derecho á determinadas prestaciones ó al cumplimiento de alguna condición cualquiera. Por lo tanto, no impide que el heredero ó legatario tenga desde la muerte del testador, ó sea desde la apertura de la sucesión, *un derecho adquirido* á los bienes de la herencia ó del legado mediante el cumplimiento de la condición impuesta, y ese *derecho adquirido* como todo *derecho creado,* es transmisible desde luego á los causahabientes del que le adquirió, aun antes de cumplirse la condición de que dependa la efectividad y realización del mismo. El instituído adquiere con el fallecimiento del testador un derecho sometido á una condición, y los herederos de éste le adquirirán por su sucesión, con las mismas circunstancias y con la misma obligación impuesta al instituído, sin que exista razón legal alguna para que se prive de dicho efecto á la institución citada, como hacen los Códigos americanos antes citados.

La Dirección general de los Registros, ante la contradicción real, aunque más ó menos explicable, de los arts. 759 y 799, se ha decidido resueltamente por la doctrina contenida en éste, como lo prueban las Resoluciones de 1.º de Diciembre de 1896 y 28 de Noviembre de 1899.

Véase el comentario del art. 912.

El artículo que examinamos tiene su precedente en la ley 8.ª, título 4.º de la Partida 6.ª, de la que pasó al proyecto de Código de 1882, que estableció precepto análogo en su art. 886.

ARTÍCULO 800

Si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuere negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido, con sus frutos é intereses.

Al examinar el art. 795, hemos visto que las condiciones puramente potestativas habían de ser cumplidas por el heredero ó legatario tan pronto como tuvieren noticia del fallecimiento del testador, puesto que dichas condiciones no requieren para su efectividad el vencimiento de un término ni ningún otro requisito para su cumplimiento, por depender tan sólo la realización de las mismas de la voluntad del heredero y de la muerte del causante.

Al establecer dicho precepto el Código, refiérese á las condiciones potestativas afirmativas, ó sea á las *positivas*, consistentes en hacer ó dar alguna cosa el obligado á su cumplimiento, mas aparte de éstas, la ley reconoce la existencia de condiciones potestativas *negativas*, ó sean aquellas que consisten en no hacer ó no dar alguna cosa el sujeto á la condición; y así como en las primeras exige su inmediato cumplimiento como requisito preciso para la adquisición de la herencia ó del legado, por depender de él el derecho concedido en la institución, por el contrario, en las negativas no hay razón ni motivo alguno para demorar la entrega de los bienes dejados al heredero ó legatario, toda vez que la efectividad de su derecho no tiene que depender de acto alguno de éste ni del cumplimiento de ningún otro requisito. Su derecho á los bienes no tiene que quedar en suspenso: una vez ocurrido el fallecimiento del causante, le adquiere desde luego, sin otra limitación que la de no hacer ó no dar aquello que fuere prohibido en la condición impuesta, y si lo ejecutare ó hiciere, quedará rescindido ó anulado tal derecho.

Por eso el Código autoriza dicha entrega inmediatamente; pero como en ese caso el instituído pudiera prescindir de la condición una vez adquiridos los bienes, para asegurar su cumplimiento y garantir la observancia de la voluntad del testador, le impone la obligación de dar caución bastante de no hacer ó no dar lo que fuere prohibido en dicha condición.

Esta es la caución Muciana, establecida por Quinto Mucio Scevola con igual objeto en la legislación romana, si bien en ella podía ser dispensado de dicha obligación el legatario (1), teniendo también sus precedentes en nuestra patria en la ley 7.ª, título 4.° de la Partida 6.ª

Reconocida la necesidad de la fianza, no sólo en nuestro derecho, sino en otras muchas legislaciones, como garantía necesaria para la justa observancia de la voluntad del testador, surgió desde luego la dificultad de los términos en que había de ser constituída para no hacer ineficaz la institución, como precisamente habría de ocurrir si al heredero ó legatario se le obligase á prestar una caución imposible ó superior á la utilidad que hubiera de reportar de la adquisión de la herencia ó del legado, pues en dicho caso no aceptaría la institución. Y en la imposibilidad de establecer de antemano los términos de dicha fianza, porque ésta habría de depender de las circunstancias de cada caso, la ley se limita á consignar que ésta ha de asegurar, no sólo la devolución de los bienes percibidos, sino también sus frutos é intereses, dejando al arbitrio y á la discreción de los interesados, ó del juez, en su caso, la forma en que haya de llevarse á efecto.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 711, y el de 1882, en el 887, establecieron preceptos análogos; pero comparado el artículo que examinamos con las legislaciones extranjeras, se observa que no todas han seguido el mismo criterio, pues si bien concuerdan con él el 2129 del Código de Sajonia, el 855 del de

---

(1) V leyes 7.ª, 18 y 79, tít. 1.°, libro 35 del Digesto, y Novela 22, capítulos 43 y 44.

Italia, el 912 del de Uruguay, el 1848 del de Portugal, y algunos más, otros, por el contrario, como el 3399 del de Méjico y el 3262 del de la Baja California, previenen que la condición de no dar ó no hacer se tendrá por no puesta.

Aunque el artículo no lo dice, compréndense sin género alguno de duda, por la intención del legislador y por los fines á que obedece su precepto, que la fianza exigida por el mismo para el cumplimiento de la voluntad del testador ha de ser constituída en favor de aquellos á quienes hubiera de pasar la herencia ó el legado en el caso de no cumplirse la condición impuesta. Así lo dice expresamente el Código italiano, que resulta más explícito en este punto que el nuestro, y así lo dicta también el mero buen sentido.

Según los términos del precepto que comentamos, el heredero ó legatario á quien se impusiere la condición negativa indicada, *cumplirá* con afianzar en la forma expuesta; pero siendo en él potestativa la prestación de dicha fianza, puede negarse á prestarla: puede también hallarse imposibilitado de hacerlo por cualquiera circunstancia; y entonces, ¿qué consecuencias puede tener su negativa ó la falta de dicho requisito? ¿Se reputará renunciada la herencia ó el legado por ese solo hecho? De ningún modo, pues esto resultaría contrario á la intención del testador, cuya voluntad es que el instituído perciba y disfrute los bienes dejados al mismo, en tanto que no haga ó dé lo prohibido en la condición citada. En dicho caso, el favorecido se encuentra en iguales circunstancias que el instituído bajo condición suspensiva, y por eso el artículo siguiente los equipara, disponiendo en su párrafo 2.°, como más adelante veremos, que se constituyan los bienes en administración hasta que se preste dicha fianza ó haya certeza de que es imposible hacer lo prohibido por el testador.

ARTÍCULO 801

Si el heredero fuere instituído bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en ad-

ministración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

Lo mismo se hará cuando el heredero ó legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.

ARTÍCULO 802

La administración de que habla el artículo precedente se confiará al heredero ó herederos instituídos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer. Lo mismo se entenderá respecto de los legatarios.

ARTÍCULO 803

Si el heredero condicional no tuviere coherederos, ó teniéndolos no existiese entre ellos derecho de acrecer, entrará aquél en la administración, dando fianza.

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y, si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

ARTÍCULO 804

Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente.

En estos artículos, el Código ha introducido una innovación importantísima en nuestro antiguo derecho, digna de aplauso, que responde al deseo de conciliar los derechos del heredero con la voluntad del testador.

Hasta el cumplimiento de la condición suspensiva, el instituído en esta forma no tiene un derecho perfecto á la herencia ó al legado, sino una mera expectativa ó eventualidad, que ha

de consolidarse con dicho cumplimiento. Y como en el entretanto no pueden entrar en su patrimonio los bienes con que fué favorecido, para que no queden abandonados é infructíferos, se ha establecido la administración ordenada por dichos artículos, supliéndose de este modo, de acuerdo con las declaraciones de los Tribunales y las enseñanzas de la práctica, las deficiencias de que adolecían respecto de este particular nuestras antiguas leyes.

Algunos comentadores, procediendo con evidente error y con notoria ligereza en sus juicios, han supuesto que se hallan en contradicción las prescripciones de estos artículos con el principio establecido en el 799; toda vez que, según éste, la condición suspensiva no debe impedir al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, y sin embargo, con arreglo á los que examinamos en este comentario, no pueden hacer efectivo desde luego su derecho por haber de constituirse en administración los bienes, hasta el cumplimiento de la condición citada, impidiéndose con ello, á su juicio, la realización y efectividad de la institución. Pero los que tal contradicción suponen, incurren en el error de confundir la adquisición del derecho sucesorio, es decir, del derecho á la herencia ó al legado, con la adición ó entrega de los bienes que le constituyen.

El heredero ó legatario adquiere desde el fallecimiento del causante su derecho á la herencia ó al legado, sin que impida dicha adquisición la condición suspensiva impuesta, y esto es lo que dice el art. 799 indicado; pero no percibe los bienes objeto de la institución hecha á su favor hasta que la condición se cumpla. No existe, pues, la contradicción mencionada; y por el contrario, los cuatro artículos que examinamos sirven de complemento á la doctrina expuesta, regulando cuidadosa y prudentemente lo que debe hacerse en ese intervalo de tiempo que ha de mediar entre la adquisición del derecho y su efectividad, con el propósito de impedir que se causen perjuicios á los herederos y legatarios. Y no existiendo la contradicción supuesta, carecen

de objeto las distinciones que dichos comentaristas hacen con tal motivo para resolver esa dificultad, según que el derecho del instituído se derive ó no precisamente del momento del otorgamiento ó de la muerte del testador, y según que la condición impuesta sea de posible ó imposible cumplimiento.

Al hablar la ley de condiciones suspensivas, se refiere evidentemente á las potestativas, afirmativas ó positivas; pero en el mismo caso se encuentran las negativas, cuando no se prestare la fianza á que se refiere el art. 800, según indicamos al estudiar dicho artículo, y por eso se hace extensiva á ellas, aunque con la separación debida, la obligación impuesta en el 801.

Reconocida en él la necesidad de la administración mencionada, hubieron de preocuparse en primer término los autores del Código de la designación de las personas á quienes debía ser conferida y de la forma en que debiera ser organizada, para que sus resultados no fueran ineficaces; y á ese fin responden los preceptos contenidos en los arts. 802, 803 y 804. Los dos primeros determinan las personas que por sus orden deben entrar en el goce de la administración, y el último, la forma en que ésta debe ser desempeñada.

En cuanto al primero de dichos extremos, el Código ha seguido acertadamente la regla aceptada ya por la mayor parte de las legislaciones extranjeras, pues dada la necesidad de la administración, nadie está con más razón llamado á su ejercicio que aquel coheredero, pura y simplemente establecido, que por su derecho de acrecer hubiera de hacer suya, en defecto del instituído condicional ó por el incumplimiento de la condición, la parte de la herencia ó el legado otorgado al mismo; y sólo á falta de éste podrán gozar de ella el heredero condicional, el presunto ó un extraño. La preferencia dada al heredero condicional sobre el presunto se funda también en el respeto que al legislador ha merecido la voluntad del testador, que al instituirle por heredero le prefiere al llamado por la ley á la sucesión intestada ó al sustituto establecido en la testada.

Aunque el art. 803, al llamar á la administración al here-

dero condicional, al heredero presunto y al extraño, alude sólo al caso de que no tuviere coheredero con derecho de acrecer, es evidente que su disposición tiene también aplicación cuando, existiendo coheredero con dicho derecho, éste renunciare la administración. La razón de derecho es la misma en uno y otro caso, y no existe motivo racional que pueda justificar la distinción que algunos suponen, atendiendo más á la letra de la ley que á su espíritu.

La administración, confiada, tanto al heredero condicional como al heredero presunto y al extraño, requiere por precepto expreso de la ley la prestación de fianza, y algunos comentaristas, al examinar esta obligación, no impuesta especialmente al heredero sin condición, censuran dicha diferencia en cuanto al heredero condicional, estimando que se hace de peor condición á éste que á aquél, á pesar de proceder de un mismo origen el derecho de ambos; añadiendo que puede ser peligrosa esa exención con que se favorece á los coherederos, *porque por mucho que se apuren las cosas*, siempre ha de ser *contrario el interés de los mismos al del heredero condicional que espera recibir los bienes, sin que por otra parte pueda suponérseles dotados de un gran desinterés, ni aun en el caso improbable de contar con el incumplimiento de la condición impuesta.*

Los que de este modo opinan prescinden de las consecuencias jurídicas que necesariamente han de derivarse de los términos en que resulta hecha la institución en uno y otro caso.

En efecto, la diferencia establecida por el testador entre uno y otro de dichos herederos, revela una mayor predilección de su parte respecto del heredero puro y simple: predilección que implica una mayor confianza á su favor, y esto por sí sólo bastaría para que, subrogándose la ley en el lugar del otorgante al regular la administración y dar condiciones de garantía á su eficacia, otorgase también esa mayor confianza al coheredero con derecho de acrecer, el cual, además, por virtud de ese derecho, tiene un título indisputable: ó mejor dicho, una justa expectativa, para el caso del incumplimiento de la condición ó de que no

llegue á ser heredero ó legatario el instituído condicionalmente, sobre los bienes correspondientes á la parte de herencia ó al legado otorgado á favor de éste. Aparte de ello, carecen de fundamento los temores y peligros expuestos por dichos comentaristas, pues la ley concede medios y recursos eficaces al heredero sometido á condición suspensiva para asegurar su participación en la herencia.

Se ha supuesto también, que la obligación de prestar fianza, impuesta al heredero condicional, le constituye en la misma situación en que se encuentra el instítuido bajo condición potestativa negativa de hacer ó de dar alguna cosa, á quien el art. 800 obliga también á prestar fianza, equiparándose aquella obligación á ésta; pero la diferencia entre uno y otro caso es clara y patente, porque si bien en ambos el instituído debe prestar fianza, la extensión de la misma es distinta; pues la exigida por el art. 800 citado ha de asegurar la devolución de toda la herencia con sus frutos é intereses; y la que ha de prestarse por razón de la administración, á que se refieren los artículos que examinamos, sólo tiene que garantizar los resultados de la gestión del administrador: además, en el primer caso, el heredero sujeto á la condición negativa tiene la propiedad de los bienes mientras observe la obligación de no hacer ó no dar lo que fuere prohibido por dicha condición, y por el contrario, el heredero llamado á administrar los bienes de la herencia ó legado condicional, está reducido á la condición de mero administrador.

Del orden fijado en el art. 803 se deduce que el Código ha procurado establecer un medio equitativo para que los interesados en los bienes hereditarios puedan conservar dichos bienes en calidad de administradores, aunque se exija las garantías convenientes de su buena gestión, y solo cuando no sea posible encontrar administrador en la familia del causante, es cuando se faculta á los tribunales para que provean á dicha necesidad, confiando la administración á tercera persona de su confianza. Pero en este caso ha de prestarse también la fianza correspondiente, lo cual ha de hacerse con intervención del heredero.

Esa intervención que la ley otorga al heredero condicional en la prestación de la fianza para el desempeño de la administración indicada, no es permitida cuando es llamado á desempeñar dicho cargo el coheredero con derecho de acrecer, el mismo heredero condicional ó el heredero presunto; y aunque algunos expositores de nuestro derecho no comprenden la razón de esa diferencia, hállase justificada ésta por las distintas circunstancias en que, según los casos, resulta hecho el nombramiento de administrador. Cuando el llamado al goce de la administración es el heredero condicional ó el heredero presunto, entonces su designación surge de la ley, y su misma condición presupone un interés en la herencia y una consideración tal, por parte del testador ó de la ley, que aleja la idea de la necesidad de dicha intervención en la prestación de la fianza exigida como garantía de su gestión; en cambio, cuando es un extraño el nombrado habiendo de prestarse la fianza en interés del heredero condicional, es de todo punto acertado que intervenga en la constitución de dicha fianza para que no resulte ésta ineficaz.

Como hemos dichos antes, el establecimiento de la administración citada constituye una novedad, sin precedente alguno en nuestro derecho; pero en las legislaciones extranjeras se observa el mismo principio regulado casi en idéntica forma.

La regla adoptada por nuestro Código es análoga á la que rige en la legislación portuguesa, y aun en la italiana, si bien en ésta se observan algunas diferencias, más ó menos importantes, como expondremos después. Según ella, en primer término corresponde la administración á los coherederos ó colegatarios instituídos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer; y para comprender cuándo concurrirá dicha circunstancia, bastará tener en cuenta que, con arreglo al art. 982, para que se dé lugar al derecho de acrecer en la sucesión testamentaria se requiere: 1.°, que dos ó más sean llamados á una misma herencia ó á una misma porción de ella, sin especial designación de parte, y 2.°, que uno de los llamados muera antes que el testador, ó que renuncie la

hrencia, ó sea incapaz de recibirla. Como ampliación de lo expuesto, y para la mejor inteligencia del requisito exigido en primer término para otorgar la administración al coheredero, véase el comentario del art. 982 citado.

A falta de coherederos, ó cuando no hubiere derecho de acrecer entre éstos y el instituído condicionalmente, ó renunciare á la administración, entrará éste en el goce de la misma, dando la oportuna fianza. Así lo dispone el art. 803, de acuerdo con el 1823 del Código portugués. En Italia no tiene equivalente dicho precepto, y en su lugar, á falta de los coherederos del instituído, ha de confiarse la administración á los sucesores legítimos del causante.

Si el heredero condicional, cuando fuere llamado á la administración, no diere fianza, y lo mismo cuando renunciare á ser administrador, en uso de su indisputable derecho, á tal renuncia, por no tratarse de un cargo obligatorio, debe confiarse la administración, también bajo fianza, al heredero presunto, según el orden fijado en el art. 803. El Código portugués concuerda en este punto con el nuestro; pero el italiano se diferencia del mismo: 1.°, en que hace potestativa en el juez la facultad de conferir ó no la administración al heredero presunto, y 2.°, en que se refiere sólo á los presuntos herederos abintestato, y, por consiguiente, excluya al sustituto nombrado por el testador, heredero presunto en la sucesión testamentaria.

El art. 804 se refiere, como hemos dicho ya, á la forma en que ha de ser desempeñada la administración y determina los derechos y obligaciones de los administradores. El Código portugués, el italiano y algunos otros equiparan á dichos administradores con los curadores de la herencia yacente, y en su virtud deben inventariar les bienes, ejercitar y promover las acciones y derechos de la herencia, defenderla en juicio, rendir cuentas, etc., etc. Lo mismo viene á preceptuar nuestro Código, aunque en forma más breve y explícita, refiriéndose en dicho artículo á lo establecido ya para los administradores de los bienes del ausente, pues si bien en rigor de derecho no es la mis-

ma la situación legal del ausente y la del heredero instituído condicionalmente, sin embargo, en cuanto á los bienes, las circunstancias son análogas en uno y otro caso. En efecto; en el de la ausencia, por razón de ella, ó por hallarse en ignorado paradero el dueño de los bienes, no puede ejercitar los derechos que sobre los mismos les corresponden, y de igual modo, el heredero ó legatario sujeto á condición suspensiva, tampoco puede disponer de aquellos derechos que á su favor nacieron con la muerte del testador mientras no se cumpla la condición impuesta; además, así como en el primer caso cesa la administración cuando comparece el ausente, de igual modo también tiene que desaparecer en el segundo cuando resulta cumplida la condición suspensiva.

La situación legal es, por lo tanto, análoga en ambos supuestos, é igual debe ser la solución que la ley adopte en ellos, y esta regla es la que ha venido á fijar el art. 804 citado.

Como disposición de mera referencia, éste no requiere más detenida exposición, bastando tener en cuenta cuanto expusimos acerca de la administración de los bienes del ausente en las páginas 106 y siguientes del tomo 2.º de estos Comentarios, pues todo lo que entonces dijimos acerca de los derechos y obligaciones del administrador de dichos bienes tiene perfecta aplicación en el presente caso. También conviene tener presente lo expuesto en el tomo 6.º de nuestros *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada*, páginas 448 y siguientes, al comentar los artículos 2031 y 2047 de dicha ley procesal, ambos inclusive, que tratan también de la administración de los bienes del ausente, pues fácilmente se comprende que desde la designación de la persona del administrador hasta la terminación del encargo, todas las medidas que requiera la administración habrán de ser intervenidas por el juez de primera instancia, aplicando en lo pertinente las disposiciones de los artículos citados, con las modificaciones introducidas en los mismos por los preceptos del Código; y con arreglo á ellos, una vez justificado el cumplimiento de la condición suspensiva ó la imposibilidad de cumplirla, se

sobreseerá el procedimiento, entregando los bienes á quien corresponda, con rendición por el administrador de la oportuna cuenta justificada de los productos y gastos.

Réstanos indicar que si bien en nuestro antiguo derecho no existen precedentes concretos de la administración regulada por los artículos que examinamos, el proyecto de Código de 1882 (1) propuso preceptos análogos á los establecidos en los mismos, siguiendo el procedimiento y los principios adoptados por la mayor parte de los Códigos modernos.

Aplica el art. 801 la Resolución de la Dirección de los Registros de 23 de Abril de 1900.

Del estudio comparativo de dichas legislaciones y de nuestro Código, resulta que el art. 801 concuerda con el 917 del de Uruguay, el 1822 del de Portugal, el 857 del de Italia, el 1078 del de Chile, el 3391 y 3395 del de Méjico, y el 3254 y 3258 del de la Baja California, si bien estos dos últimos Códigos dejan la administración de los bienes al albacea. El art. 802, á su vez, concuerda con el 858 del Código de Italia, en cuanto á su primera parte, y con el 1823 del de Portugal, que contiene la misma disposición, aunque con redacción distinta. El 803 tiene también alguna analogía con el citado art. 1823 del Código de Portugal y con el 859 del de Italia, si bien se observan algunas diferencias considerables, que afectan más á la forma que al fondo, y, por último, el 804 concuerda con el 1825 del Código de Portugal y 861 del de Italia.

ARTICULO 805

Será válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado.

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, ó cuando éste concluya, se entenderá llamado el

---

(1) Véanse los arts. 888, 889, 890 y 891.

sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituído.

Por este artículo el Código equipara á la condición el señalamiento de término, en contra de lo que establecía el antiguo derecho. Según hemos dicho en otra ocasión, las instituciones: *ex die ó in diem*, eran incompatibles con los principios romanos: *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus morietur*, y *semel heres semper heres*.

Como el ciudadano romano no podía morir parte testado y parte intestado, y no se podían mezclar ambas sucesiones, el que una vez era heredero ya no podía dejar de serlo, porque de lo contrario en el momento en que cesara de ser heredero tendría que deferirse la herencia á los sucesores legítimos. Por eso dicha legislación no admitía tales instituciones y se tenía por no escrito el término á día cierto, ya figurase como suspensivo, ya como resolutorio.

Las legislaciones modernas, inspiradas en otros principios muy distintos, admiten el señalamiento de término, tanto como origen de la sucesión, cuanto como fecha en que han de cesar los derechos nacidos de la institución, y lo mismo hace nuestro Código, dándose por supuesta dicha admisión en el artículo que examinamos; el cual, partiendo de dicho reconocimiento, regula lo que debe hacerse con los bienes mientras no llegue el término fijado para entrar en el goce de la herencia ó del legado, y después que haya de cesar el efecto de la institución.

Al proceder de ese modo, no sólo se ha ajustado á la doctrina hoy corriente, sino que se conforma también con los buenos principios jurídicos en que se funda toda la materia de sucesiones y se inspira además en el respeto debido á la voluntad del testador. Si éste puede disponer libremente del todo ó parte de la herencia desde que desapareció la incompatibilidad entre las sucesiones testada é intestada por la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, ó sea por la 1.ª, tít. 19 del Ordenamien-

to de Alcalá, ¿por qué razón fundamental ó por qué motivo jurídico no ha de poder limitar el tiempo que haya de disfrutar de la herencia el favorecido con ella, bien retrasando el momento de entrar en su goce, bien reduciendo á un número determinado de años el disfrute de la misma?

Como tenemos ya dicho, no existe causa alguna que pueda impedir esa libre facultad del testador para instituir heredero ó legatario á término, *desde* y *hasta cierto día,* y admitida dicha facultad, no puede menos de considerarse válida la designación de tiempo á que este artículo se refiere.

Limitado en estas instituciones el disfrute de la herencia á un término determinado, fuera de él han de pasar los bienes y ser poseídos por alguna otra persona, para que no queden en un abandono perjudicial y contrario á la voluntad del testador; pero esa persona á la que han de pasar los bienes fuera de los límites del plazo fijado en la institución á término, puede ser designada ó no por el testador. En el primer caso, se estará á lo dispuesto por éste en justo acatamiento á su voluntad; pero si, por el contrario, el causante de la sucesión no hubiere determinado la persona ó persona que hayan de disfrutar los bienes de la herencia desde que la sucesión se abra hasta que llegue el día de comenzar el aprovechamiento por el heredero ó legatario instituído á término, ó después que hayan cesado los efectos de la institución, entonces, supliendo la ley la voluntad del testador y por las mismas razones que justifican la sucesión intestada, llama á la herencia á los sucesores legítimos del causante. La disposición de este artículo es, por lo tanto, supletoria, y sólo puede tener aplicación cuando el testador no hubiere dispuesto nada en contrario, dentro de las facultades que la ley le concede y con arreglo á las prescripciones de la misma.

Según los términos del precepto que examinamos, dos son los casos en que puede ser llamado el sucesor legítimo al goce de la herencia ó del legado á término, á saber: 1.º, desde que la sucesión se abre por la muerte del causante hasta que llegue el día en que ha de entrar á suceder el heredero ó legatario en la ins-

titución hecha *desde determinado día;* y 2.º, desde que llega el vencimiento del término fijado en la institución hecha *hasta cierto día.* Y, desde luego, el mero buen sentido demuestra que han de ser distintos los efectos jurídicos del llamamiento al sucesor legítimo en uno y otro caso, por las diversas condiciones y circunstancias en que ha de entrar en el goce de la herencia ó del legado.

En el primer caso, el llamamiento es puramente interino, mientras que en el segundo lo es definitivo. Este surte los mismos efectos que la sucesión intestada; pero en aquél no viene á ser el llamado más que un mero usufructuario, toda vez que ha de conservar los bienes objeto de la institución para hacer entrega de ellos al instituído á término, y como tal, no podrá entrar en posesión de dichos bienes, sino después de prestar la caución correspondiente, y esto justifica la distinción establecida en el último párrafo del artículo entre uno y otro caso.

Dado el interés que el instituído tiene en la conservación de los bienes en la institución hecha á día cierto, la fianza exigida al sucesor legítimo tiene que ser prestada con su intervención, y aunque el artículo no dice que á ella preceda inventario de los bienes de la herencia ó legado condicional, se comprende que su formalización es indispensable, tanto por el carácter jurídico con que entra en el goce el sucesor legítimo en dicho caso, como por la condición exigida en tal disposición, de ser *suficiente* la caución que se preste, pues no puede juzgarse de su suficiencia sin conocer el importe de los bienes asegurados con ella.

En sentencia de 9 de Marzo de 1899, declara el Tribunal Supremo que el llamamiento del sucesor legítimo hasta que llegue el día designado para que otro adquiera por herencia ó legado, no obsta al derecho de éste para disponer ó transmitir su derecho á sus herederos.

Con relacion á este artículo se ha dictado la sentencia de 22 de Abril de 1903, según la cual cuando el testador lega ciertas fincas determinando que no se entreguen al legatario hasta cierto día, y que no puedan venderse por éste antes bajo la pena de

pérdida del legado, se entiende que el legado no se adquiere hasta que llega el día fijado, ni en usufructo ni en nuda propiedad, por lo que al enajenarse antes de ese día la nuda propiedad, se realiza un acto nulo, y se incurre en la pérdida de las fincas legadas.

En la de 29 de Octubre de 1904, se resuelve otro caso dudoso relacionado con este artículo. Cuando el testador lega determinados bienes con facultad de disponer de ellos por actos entre vivos, previniendo que aquellos de que no hubiese dispuesto el legatario el día de su muerte, pasen á los herederos legítimos del testador, la institución de éstos se entiende hecha á término y no con condición, y, por tanto, tienen derecho á heredar los parientes del testador que existan y sean sucesores legítimos en el momento de la muerte del legatario que es el de la adquisición del derecho, y no los herederos legítimos que le premueran ni sus sucesores.

El proyecto de Código de 1882 estableció preceptos análogos; pero no sucede lo mismo en la generalidad de los Códigos extranjeros, en los cuales se observan divergencias más ó menos importantes, contrarias algunas al principio sustentado por el nuestro. En cuanto á la validez de la designación concuerda el artículo que examinamos con el 1138 del Código de Colombia, el 1080 del de Chile, el 816 del de Guatemala, el 916 del de Uruguay, el 1849 del de Portugal, y algunos otros. Por el contrario, el 3382 del de Méjico, el 3245 del de la Baja California y algunos otros Códigos, contrarían de un modo palmario el precepto indicado, privando de eficacia á la designación de día cierto.

SECCIÓN QUINTA

DE LAS LEGÍTIMAS

La *legítima* es el derecho sobre una porción de bienes de propiedad individual, cuya disposición se niega al propietario y se concede á la ley. El propietario se halla facultado para disponer por título oneroso, porque en tal caso la porción de bienes ena-

jenados debe siempre ser sustituída por un equivalente. Mas la disposición por título lucrativo se halla en el sistema de legítimas limitada, lo mismo en los actos que producen sus efectos en vida del propietario, que en aquéllos que sólo los producen después de su muerte: siempre hay una porción de bienes que la ley reserva á determinadas personas, en su caso, y de la cual, por lo tanto, no puede disponer el propietario.

¿Debe la ley atribuirse esa facultad en algún caso? ¿Debe alguna vez privar al dueño de la facultad de disponer de *todo* lo que es suyo?

Pocos temas existen tan debatidos como éste y que despierten mayor interés. Justo es reconocer que se ha dado á la cuestión una importancia que no tiene, y que se han exagerado hasta lo sumo las ventajas é inconvenientes del sistema de legítimas y del sistema de libertad de testar.

No cabe en los límites de esta obra ocuparse detenidamente de tan interesante cuestión; mas tampoco es posible prescindir de ella en absoluto, por lo que nos limitaremos á exponer algunas consideraciones.

Veamos, ante todo, con la posible brevedad, cómo ha sido resuelto el problema por las legislaciones de los diferentes pueblos, tanto en las épocas pasadas como en la presente.

Es un hecho hoy reconocido, que en los primeros tiempos de la historia no existe la propiedad individual. Los bienes pertenecen á la tribu, á la *gens*, ó á la familia; porque esas son, como dice el Sr. Azcárate, las unidades fundamentales que entonces constituían la sociedad. No hay que hablar, por tanto, en esas épocas primitivas de la historia de cada pueblo, de libertad de testar, porque el testamento no existe. No siendo el individuo el propietario, de nada puede individualmente disponer.

Preséntase como una excepción el pueblo romano. La célebre regla de la ley de las Doce Tablas: «*Pater familias, uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*», hace fundadamente suponer que el padre, árbitro hasta de la vida de sus hijos, podía con mayor motivo despojarles sin causa alguna de la herencia,

dando á sus bienes el destino que tuviese por conveniente. Dada la formación especial del pueblo romano, suma de individuos, más bien que de tribus ó de familias, no se presenta tan anómala esta excepción á la regla general. No obstante, Sumner Maine, y de acuerdo con él Azcárate, creen que de otras disposiciones de la misma ley de las Doce Tablas, referentes á los llamamientos de herederos *suyos*, *agnados* y *gentiles*, se deduce que Roma no constituye una excepción, y que, sólo á falta de herederos legítimos, era lícito al padre de familias disponer de sus bienes por testamento.

Difícil es determinar si la sucesión intestada procedía en primer término, ó sólo á falta de la testamentaria. Sea de ello lo que quiera, es indudable que en Roma llegó á consagrarse en absoluto el principio de la libertad de testar. Mas esta gran conquista del individuo sobre la familia y la sociedad, no pudo subsistir. Dulcificadas las costumbres, y ante el cruel ejemplo de padres que, amparados en la ley, privaban á sus hijos de la herencia, se operó una gran reacción, viéndose con harta claridad que las ideas más lógicas y brillantes sólo encierran una falsa apariencia de justicia y de verdad cuando prescinden del sentimiento, y que casi siempre adivina el instinto más de lo que comprende la razón. Y siguiendo en esta parte, como en todas, el camino hipócrita y formalista de aquel gran pueblo, empezóse por suponer que el padre que sin justa causa desheredaba á sus hijos, no se encontraba en su cabal juicio, concediendo á esos hijos el derecho de declarar el testamento *írrito*, por medio de la queja de su inoficiosidad. Sucesivamente se exigió la desheredación formal, y más tarde se introdujeron las legítimas, y para hacerlas valer, la facultad de hacer revocar las donaciones inoficiosas.

Admitióse la legítima en favor de los descendientes y en favor de los ascendientes. Dióse á los hermanos, aunque con ciertas limitaciones, el derecho á una parte de la sucesión cuando el testador, prescindiendo de ellos, instituía por heredero á una persona torpe. Y hasta en favor de extraños puede afirmarse

que se estableció una legítima especial con la introducción de las cuartas falcidia y trebeliánica, tratando de impedir que el heredero instituído se viese en la alternativa de repudiar la herencia, lanzando sobre el testador la ignominia de morir intestado, ó aceptarla sin utilidad alguna por haber de distribuir en legados ó fideicomisos todo el caudal hereditario. Los pueblos germanos en los tiempos primeros no conocieron el testamento, ni, por regla general, lo admitieron después en la época bárbara.

Formadas diversas nacionalides sobre las ruinas del antiguo imperio romano, en todas ellas fueron respetadas las tradiciones de la raza, manteniendo como base la sucesión legítima, y dentro de la misma, la conservación de los bienes en la familia, si bien necesidades propias de aquella época guerrera establecieron la preferencia en favor de los varones.

La influencia de la Iglesia y del Derecho romano, así como la conveniencia de alterar en ciertos casos el orden sucesorio legal, contribuyeron á que lentamente, y no sin cierta oposición, se introdujera el testamento entre los pueblos de origen germano, siempre con carácter excepcional, á diferencia de Roma, y siempre respetando los derechos de la familia.

Más tarde nacen las vinculaciones, por las que la vanidad y el orgullo sustituyan al principio de la conservación de los bienes en la familia, el de mantener unido á través de los siglos el patrimonio en manos de un solo propietario, ó más bien, usufructuario, sacrificando lo esencial á lo accidental. Con este sistema, como dice Lafarrière, «el jefe de familia ponía su voluntad por encima de la ley en cuanto á la transmisión de toda su herencia ó parte de ella; creaba un orden sucesorio diferente del orden común, y hacía la tierra inalienable en favor de la raza por él elegida». Privilegió las vinculaciones, al principio, de una clase especial, la aristocrática, se extendió después á las clases inferiores, agravando el mal producido por aquella gran aberración, hasta que las corrientes de la revolución motivaron las célebres leyes desvinculadoras, que echaron por tierra esa insti-

tación que encadenaba la propiedad y destruía la igualdad entre los hijos

Pueden estimarse las vinculaciones como un nuevo ensayo de la libertad de testar, aunque concedida sólo á una persona en cada familia, el fundador. Sobre las ruinas de las vinculaciones, y como protesta contra las mismas, tomaron nueva fuerza las legítimas en casi todos los países, y así las vemos hoy reconocidas en Francia y Bélgica, en Italia, en Portugal, en Alemania, en Chile, en Méjico, República Argentina, Guatemala, etc., siendo Inglaterra y la América del Norte una excepción de la regla al admitir la libertad de testar, que en el primero de dichos países, al menos, tiende á acumular la propiedad en pocas manos.

Respecto á España, los godos fueron de los primeros pueblos que admitieron el testamento. A ello debió contribuir la Iglesia de una parte, y de otra la excesiva piedad y celo religioso de aquellos primeros siglos del Cristianismo, al encontrar un medio eficaz de arrancar de la familia una parte de los bienes que la correspondían, para cumplir los deberes emanados de la religión. Tal vez también pudo halagar la idea de que siendo el individuo el propietario de sus bienes, debía poder disponer de ellos con entera libertad. De todos modos, prueba la ley 1.ª, título 5.º del libro 4.º del Fuero Juzgo, que existía la libertad de testar, y que los mismos abusos que la desprestigiaron en Roma, movieron al legislador á cortar esos abusos de raíz, creando en favor de los descedientes la legítima de los cuatro quintos, y permitiendo á los ascendientes disponer sólo de la quinta parte restante del caudal en favor de las «eglesias» ó de otros lugares.

Más tarde, las Partidas introdujeron también la legítima en favor de los ascendientes. Respecto al cónyuge viudo sólo se reconoció á la mujer, y eso en ciertos casos, la cuarta marital.

Nos referimos en esta parte á cuanto quedó expuesto en la *Reseña histórica*, páginas 194 y siguientes del tomo 5.º de estos *Comentarios*.

Pero aparte de dichos principios, que eran los que regían según el derecho común de Castilla á la publicación del Código

civil, el derecho foral presenta desde tiempos antiguos, preceptos especiales, dominando el principio de haber de pasar los bienes á los descendientes, pero no á todos ellos, sino á aquel á quien el padre quiera escoger, dejando á los demás una legítima más ó menos imaginaria.

No obstante, esta legítima alcanza en Cataluña á la cuarta parte de la herencia en favor de los descendientes y de los ascendientes, mientras que en Navarra puede afirmarse que existe legalmente, aunque no en la vida real, la libertad de disponer por causa de muerte.

Los ascendientes no gozan de legítima en Navarra ni en Aragón, siguiendo los precedentes germanos, mientras que en Vizcaya el principio de troncalidad en los bienes raíces lleva á admitir legítima hasta en favor de los parientes colaterales dentro del cuarto grado. En cambio, todas las legislaciones forales reconocen al viudo derechos más ó menos extensos en la sucesión testamentaria de su difunto consorte, hasta el punto de poder afirmarse que él es el heredero forzoso verdadero y único, según los fueros de Navarra y Aragón.

Tal es, trazada sólo á grandes rasgos la historia de esta institución. Por ella se observa que la legítima es admitida en la inmensa mayoría de las actuales legislaciones, y no ciertamente como una antigualla sin prestigio, llamada á desaparecer, sino más bien como una conquista del derecho moderno, conscientemente reconocida como preferible á la libertad de testar. Leyes recientes en Francia y Bélgica han modificado el Código civil, estimando de justicia la concesión de legítima al cónyuge viudo.

La legítima de los extraños, como nacida de circunstancias excepcionales y transitorias, desapareció bien pronto del derecho, conforme demandaba la razón. Mas subsiste la legítima de los descendientes y la de los ascendientes, y las legislaciones modernas tienden á favorecer con igual derecho al cónyuge y al hijo natural.

Y ahora preguntaremos como al principio. ¿Debe en algún caso privarse al dueño de la facultad de disponer de todo lo

suyo? ¿Debe la ley abrogarse ese derecho por favorecer á los descendientes, al cónyuge ó á los ascendientes?

El argumento que puede suministrarnos la historia acaso carezca de valor: el error, si lo es, no deja de serlo por muy largo y universal que sea; pero también es cierto que la razón individual no es tampoco un guía seguro, que puede extraviarse, y que el error, si lo es, aun defendido por las más privilegiadas inteligencias, no deja de ser error. Será discutible la solución dada al problema en Roma ó en España, en Europa ó en América, en las legislaciones antiguas ó en los Códigos modernos; mas también podrá discutirse la solución que presentan Montesquieu, Lanfrey, Azcárate, Concepción Arenal, Costa y Durán, ó Ahrens, Alonso Martínez, Laurent, Troplong, Goyena y Alcubilla.

Como los partidarios de la absoluta libertad de testar que el sistema de legítimas destruye el espíritu de familia, anula la patria potestad, arruina las industrias, que vienen á caer bajo la ley de la división forzosa, y pulveriza indefinidamente así las fortunas como los individuos.

Opinan los partidarios del sistema de legítima que la absoluta libertad de testar deja indefensos á los hijos contra las pasiones ó la debilidad de los padres, consiente la arbitrariedad y el despotismo bajo la sombra de la libertad, favorece la acumulación de la propiedad en pocas manos, tendiendo con ello á resucitar un sistema parecido al de las vinculaciones con todos sus inconvenientes, ahondando la lucha entre ricos y pobres, y perjudicando á la sociedad.

Pero no vemos la necesidad de conceder al individuo todo ó nada, casos únicos en los cuales tendrían razón unos ú otros contendientes. Hay que huir de toda exageración y condenar todo sistema absoluto.

El mero hecho de ser padre, hijo ó esposo no debe motivar una incapacidad completa para disponer de los bienes por causa de muerte. El hombre no es solamente miembro de una familia, sino que pertenece también á la sociedad; no solamente tiene

deberes como padre, hijo ó esposo, sino también como amigo; como ciudadano y como hombre. Si se reserva todo el caudal de una persona ó la mayor parte de él como legítima de sus descendientes, ascendientes ó cónyuge, se encadena en absoluto la facultad de disponer del propietario, se impide el cumplimiento de cuantos deberes existen fuera de la familia, se cercenan á la sociedad ventajas que debía esperar y recibir, y se presentan todos los inconvenientes que señalan, aunque con alguna exageración, los partidarios de la libertad de testar.

Pero si considerando al propietario único juez y árbitro para cumplir todos sus deberes como estime conveniente, se le deja en absoluto la facultad de disponer de sus bienes para después de su muerte, se convierte la libertad en despotismo, desconociendo que es bien pobre la libertad del hombre, combatida incesantemente por el huracán de las pasiones, y bien triste el espectáculo de la ley, que consiente que un padre con sobrados medios de fortuna deje á sus hijos sumidos en la miseria.

Nadie niega el derecho á los alimentos, consecuencia necesaria del derecho á la vida. Nunca es ese derecho tan legítimo como cuando se trata de ascendientes, descendientes ó cónyuges. El deber de los alimentos existe siempre, pero exige la prueba de ser necesarios. ¿Es esto bastante? Un buen padre, un buen hijo ó un buen esposo, consultando sólo su corazón y su conciencia, responderían negativamente. El padre que acostumbra á sus hijos al bienestar ó á la opulencia, no cree nunca tener cumplidos todos sus deberes con dejarles lo estrictamente necesario para subsistir, y lanzarles de repente en una situación rayana en la miseria; la sociedad tampoco lo cree y condenaría siempre tal conducta, ni á ella puede convenirle ver en su seno transformados y tal vez inútiles séres, de quienes tenía derecho á esperar algo. En cuanto al padre que sólo cuenta con lo necesario para vivir, harto siente no poder dejar á sus hijos sino un mezquino caudal, que ni aun puede estimarse suficiente en concepto de alimentos. Y es que los deberes de agradecimiento, los deberes de la amistad, los deberes para con la patria y el pue-

blo, para con la religión y la humanidad, ceden todos en el corazón del hombre ante los deberes de la familia, cuyos santos lazos de afección no se satisfacen con el mezquino derecho á los alimentos.

Nadie puede negar que el padre trabaja, más aun que para sí mismo, para su mujer y para sus hijos. Nadie puede negar que el hijo que carece de descendientes debe algo más que los alimentos á los padres que le dieron existencia y educación. Y todos sabemos, por otra parte, que á la formación y conservación del caudal de la familia contribuye, por regla general, la misma familia, en conjunto, todos sus miembros, y no uno solo de ellos. No la porción reservada por la ley, sino todo ó casi todo el caudal, se reparte siempre con justicia y voluntariamente por el padre ó la madre entre sus hijos y su consorte; por el hijo sin descendientes entre sus padres. Este hecho se funda en los lazos de la sangre, en el amor de la familia. ¿No es un deber? El corazón y la conciencia por tal lo toman; saben que es un sentimiento irresistible, y condenan al que no lo cumple.

El célebre jurisconsulto D. Manuel Alonso Martínez, en su obra: *Estudios sobre filosofía del derecho*, dice: «Resulta, pues, que esta cuestión—la de la herencia—, ó, para hablar en términos más generales y comprensivos, la de si es legítima y de derecho natural la participación y sucesión de la mujer y los hijos en el caudal existente en el hogar doméstico á la muerte del *pater familias*, se resuelve en esta otra: ¿es la familia un hecho natural, necesario, anterior al Estado, independiente de la voluntad humana, y su conservación y continuidad indispensable para el desenvolvimiento de nuestra especie, para el progreso social, y la realización de nuestro providencial destino? Los dos problemas son idénticos, porque si la familia es un grupo natural, una unidad indivisible, un organismo cuya existencia y autonomía no dependen de las necesidades variables de la política, ni de las combinaciones artificiales de la ley, sino que son una imposición de la naturaleza, una condición de nuestro ser, ¿cómo concebir su *continuidad* sin la sucesión? Se hereda el nombre, se he-

reda la honra, se heredan, según los modernos naturalistas, las aptitudes, se heredan, según los fisiólogos, las enfermedades, y ¿no queréis que se hereden los medios de vivir y de desarrollarse?»

Creemos, en efecto, firmemente, que la legítima se funda en el derecho natural, y constituye, por tanto, un deber, cosa que no todos admiten. Pero la intervención de la ley en ese hecho, bien ó mal calificado de deber por el sentimiento, se funda hoy solamente en el temor del abuso. En este punto estamos conformes con los partidarios de la libertad de testar. Una cosa es que la legítima tenga un fundamento innegable de razón y justicia, y otra muy distinta el que la ley la imponga como forzosa. El temor del abuso, ¿es suficiente motivo para justificar la intervención legal?

Ese bien ó mal llamado deber por la naturaleza y por la sangre rara vez deja de cumplirse. Pero si existen casos en los que no se cumple, sea por virtud de un segundo matrimonio, de malas pasiones, por sugestión, por el deseo, no tan raro como pudiera creerse, de mantener unido un patrimonio, ó por cualquier causa, ¿debe la ley, aun en esos casos excepcionales, imponer como forzoso lo que no se realiza voluntariamente, convirtiendo el deber en obligación, ó ha de tolerar esas excepciones de la regla, por lo mismo que son poco frecuentes, respetando siempre la absoluta libertad, presenciando impávida el despojo de los hijos, y dejando que el deber se cumpla ó no se cumpla voluntariamente?

Á esto queda reducida toda la cuestión de las legítimas, y es claro que por esa limitada intervención de la ley, si se admite, ni se destruye el espíritu de familia, ni se anula la patria potestad, ni se arruinan las industrias, ni se pulveriza la fortuna ni los individuos.

Creen los partidarios de la libertad de testar que los abusos posibles de esa libertad pueden prevenirse provisionalmente, mientras la sociedad no imponga con energía el correctivo de su sanción, concediendo cierta amplitud á los Tribunales para

declarar nulos los testamentos llamados *ab irato, á decepto, ab imbecilli, á delirante*. Este extraño modo de *prevenir*, y otros análogos, algunos de los cuales fué ya aceptado y abandonado en otras épocas, nos parece mucho más peligroso é ineficaz que el sistema de legítimas. ¿Cuándo, por otra parte, llegará la época en que todos los hombres sean perfectos, y en que todos los moribundos conserven una voluntad inquebrantable, en que no existan esas anómalas excepciones que hicieron necesaria la intervención de la ley, y en que basta la sanción social para prevenir el abuso?

No; hay que convencerse. Nunca puede considerarse mala una ley que contiene un principio justo, una regla emanada del derecho natural. Ningún padre puede ofenderse porque la ley le ordene cumplir lo que sabe que es un deber, lo que le dicta su corazón. Y es siempre preferible hacer respetar lo justo, aun contra la voluntad extraviada del testador, que permitir el abuso, muchas veces independiente de esa voluntad, y coadyuvar por apatía y abandono al acto inicuo, aunque raro, de sacar los bienes de la familia, y de despojar á los hijos, al cónyuge ó á los padres de lo que legítimamente debía corresponderles.

Se dice que la ley peca de candidez; que los partidarios de las legítimas empiezan desconfiando hasta de los padres, y terminan confiando en que la ley ha de ser cumplida; se fundan en la posibilidad del abuso, y parecen no comprender que el mismo abuso puede burlar la previsión del legislador. No negaremos la posibilidad de este hecho; pero ni tiene el alcance y la importancia que se cree, ni desvirtúa la conveniencia de la intervención legal en la materia de legítimas. En todo caso, la ley hace lo que debe, y limita todo acto de disposición á título gratuito verdadero ó fingido; no se le pueden exigir imposibles.

La experiencia acredita que hay en el hombre un fondo de egoísmo, una especie de instinto, que sin duda obedece á la inseguridad de la suerte y de la misma vida, y que le impide desprenderse antes de morir de lo que le pertenece; y en cambio, esa misma experiencia enseña que la vejez, la enfermedad, los

últimos momentos de un sér, ofrecen las circunstancias más propias para vencer una voluntad ya débil, y arrancar concesiones en perjuicio de un hijo, de varios hijos ó de todos, obligando al hombre á obrar en contra de sus propios deseos ó de los impulsos de toda su vida.

La intervención de la ley está, pues, debidamente justificada.

Respecto á las personas en cuyo favor debe establecerse la legítima, una vez admitida, es indudable el derecho á ella en los descendientes, en los ascendientes y el cónyuge, y es justo concederla al hijo natural, y aunque con ciertas limitaciones, á los demás hijos ilegítimos, seres inocentes del crimen ó la falta que les dió origen.

Discútese si debe concederse también legítima á los hermanos. Su derecho á ella no aparece tan claro é indubitado como el de las personas antes expresadas. Sin embargo, algún fundamento tendría la concesión otorgada á falta de descendientes y ascendientes, y mucho más en los casos de ser rico el testador y tener hermanos pobres.



¿Dentro de qué límites debe intervenir la ley? Ó lo que es lo mismo, ¿cuál debe ser la cuantía de la legítima que, como forzosa, imponga la ley? Ya lo hemos indicado; para que el sistema de legítimas no produzca grandes inconvenientes, es necesario que se deje al propietario la libre disposición de una parte de sus bienes. Cuanto menor sea esta parte ó porción de bienes, más mermada se verá la libertad del propietario para cumplir sus deberes extraños á la familia. En cambio, si esa es exagerada, las legítimas se convertirán en una simple cuota para alimentos, no realizando su fin.

Pero en este punto todo es ya relativo, entrando como un factor esencial la calidad de las personas á quienes se señala legítima. ¿Quién duda que el deber en que ésta se funda es mucho más sagrado cuando se trata de descendientes? Unas legislaciones, como la de Francia, señalan una cuota proporcional al nú-

mero de hijos, siguiendo el derecho de Justiniano; otras, como la de Italia, señalan una parte alícuota de la herencia, fija, sea cualquiera el número de descendientes. El segundo sistema es desde luego más sencillo, porque siempre deja libre una misma porción para atender á otras atenciones legítimas del testador. El primero llena, no obstante, más cumplidamente el objeto de la legítima de los descendientes.

Nuestro Código sigue en esto el sistema de señalar una cuota fija, asignando como legítima dos terceras partes de la herencia á los descencientes, la mitad de los bienes á los ascendientes, y una cuota variable al cónyuge y al hijo natural, según las personas con quienes concurran á la herencia. Pero de las dos terceras partes reconocidas como legítima de los hijos, permite al padre disponer de la mitad (un tercio de la herencia), en favor de un hijo ó de varios hijos determinados, denominándose *mejora* esta porción, que pertenece, no á todos los hijos, sino á aquél ó á aquellos á quienes libremente quiera asignarla el testador.

Al mismo tiempo es necesario que la imposición de la ley no encadene en absoluto la libertad del testador, ni aun en la parte señalada para legítimas, que no quede desarmado ante los legitimarios, y obligado á abandonar los bienes que legítimamente hizo suyos en favor de séres indignos ó ingratos. De aquí el supremo remedio de la desheredación, que consiente al testador privar de su legítima, en virtud de una justa causa, á las personas á quienes la ley la señala. Así, el padre tiene en su mano armas suficientes para premiar por medio de la mejora á los hijos que lo merezcan, y para castigar por medio de la desheredación á aquellos otros que se hagan indignos de la legítima.



El sistema de nuestro Código, juzgado en general, nos parece bastante perfecto. En su desarrollo, y en ciertos detalles, encontraremos lunares y defectos. ¿Qué obra deja de tenerlos? Ni ¿cómo exigir que salga desde luego perfecta en todas sus partes

una reforma tan importante como la que el Código ha llevado á efecto?

Las reformas más esenciales contenidas en la materia de legítimas son las siguientes:

Primera. El reconocimiento del derecho á legítima á favor del cónyuge supérstite, aun concurriendo á la herencia con descendientes legítimos.

Segunda. El reconocimiento de ese mismo derecho en favor de los hijos naturales, ya concurran con descendientes ó ascendientes legítimos, cónyuges ó colaterales.

Tercera. El reconocimiento de legítima á favor del padre ó madre naturales en casos determinados.

Cuarta. La reducción de la legítima de los descendientes desde los cuatro quintos hasta los dos tercios de la herencia.

Quinta. La reducción de la legítima de los ascendientes desde los dos tercios á la mitad del haber hereditario.

Sexta. La supresión del derecho de los hermanos á legítima en el caso en que se les reconocía, por preferir á ellos el testador una persona torpe. Si el heredero es indigno de suceder, podrá, no obstante, abrirse la sucesión intestada en favor de los hermanos, si son los parientes más próximos.

Séptima. Los preceptos especiales de los arts. 811 y 812.

En su lugar correspondiente haremos las oportunas indicaciones sobre cada una de estas reformas.

ARTÍCULO 806

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Legítima.—Como queda expuesto en las anteriores consideraciones generales, el abuso en la disposición de bienes por causa de muerte, motivó en nuestra patria la creación de la legítima. La ley 1.ª, tít. 5.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, primera que

se ocupa de la materia en nuestro derecho, expone en la forma siguiente las razones que motivaron al legislador á limitar la libertad de testar:

«Cuando nos entendemos algunas cosas malfechas, devemos poner término á las que son de venir. E porque algunos son que biven sandiamente, é despienden mal sus cosas, é damas á las personas estrannas, é tuéllenlas á los fiios é á los nietos sin razon, que éstos non puedan aprovechar en el pueblo los que solien seer escusados de su trabajo por sus padres. Mas que el pueblo non pierda lo que non deve, ni los padres sean sin piedad á los fiios ó á los nietos cuemo non deven; por ende tollemos la ley antigua que demandaba al padre y á la madre, y al avuelo y al avuela dar su buena á los estrannos si quisieis, y á la muier que fizies de sus arras lo que quisiese; é mandamos por esta ley que se deve guardar daqui adelantre, que ni los padres ni los avuelos non puedan fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los fiios ni los nietos non sean desheredados de la buena de los padres y de los avuelos.»

La ley 17, tít. 1.º, Partida 6.ª, llama á la legítima «*parte debita iure naturae.*»

La legítima se nombra así por tener su fundamento en la ley. Esta es la que desde un principio niega al propietario la libertad absoluta de disponer, y señala una porción mayor ó menor de bienes á determinadas personas.

El art. 348 del Código, al definir la propiedad, habla ya de las limitaciones que la ley puede establecer en el derecho de gozar ó de disponer.

El art. 609 señala como uno de los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los derechos reales sobre los bienes, la ley.

El art. 636 prohibe dar ni recibir por vía de donación más de lo que se pueda dar ó recibir por testamento.

Por último, el 763, al tratar de la institución de heredero, establece la libertad de disponer por testamento respecto á las personas que no tuvieren herederos forzosos, añadiendo que el que tuviere tales herederos sólo podrá disponer de sus bienes en

la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta del capítulo segundo, cuya sección trata de la legítima.

El concepto de la legítima aparece en el art. 806: definición idéntica se contenía en el proyecto de Código civil de 1882, y la misma idea se contiene en la definición que de los herederos forzosos daba el proyecto de 1851.

Define el art. 806 la legítima como una porción de bienes. Ciertamente, recae siempre sobre una porción de bienes de la herencia, mayor ó menor, según la calidad de las personas á quienes la ley la asigna. Pero hay casos en los cuales la legítima no da al legitimario el dominio sobre esa porción, sino un derecho distinto, y en esos casos el testador puede á veces disponer libremente de otros derechos sobre la porción misma. Esto ocurre en la legítima del viudo. La legítima, pues, para abarcar todos los casos, puede definirse «un derecho sobre una porción de bienes de la herencia.»

De ese derecho, añade el art. 806, no puede disponer el testado, porque la ley lo reserva á determinados herederos. Este es el carácter distintivo ó esencial en la legítima. La ley dispone de antemano de esa porción de bienes ó de algún derecho sobre dicha porción. El testador no puede por lo tanto disponer, á no ser con arreglo al precepto de la ley que le atribuye su disposición.

Se refiere el artículo al testador, por estarse ocupando de la sucesión testamentaria; pero el concepto de la legítima es más extenso, por lo que ha de entenderse que el dueño de los bienes no puede disponer de la porción legítima por ningún título lucrativo, ni como testador en su testamento, ni como donante en la donación. El testador, el propietario, no puede disponer. Para que el precepto sea eficaz, lo ordenado en el art. 806 se completa con lo dispuesto sobre donaciones en los artículos 636 y 654 al 656, á los cuales nos referimos.

La porción legítima se arranca del patrimonio de su dueño, deja de pertenecer á éste: puede gozar, mas no puede disponer. Los derechos del testador sobre ella, ó sobre el derecho en que

la legítima consista, en cuanto al poder de disposición, quedan igualados á los de un extraño; no puede disponer, luego no puede gravar, limitar ni modificar en modo alguno ese derecho, que por la voluntad ó la imposición de la ley pertenece á otras personas.

De aquí surgen naturalmente los preceptos de los artículos 813, 815 y 817. No puede decirse lo mismo respecto á una parte de las disposiciones contenidas en el 814, como veremos en su lugar.

Herederos forzosos.—El concepto de la legítima lleva necesariamente en el art. 806 al concepto de herederos forzosos.

La ley 21, tít. 3.º, Partida 6.ª, siguiendo los preceptos del derecho romano, clasificaba los herederos en *suyos*, *necesarios* y *extraños*. «*E suyos* son llamados aquellos que son fijos, ó nietos, ó visnietos del fazedor del testamento; si fueren en poder dél á la sazon que los fizieren herederos. E llamaron los sabios antiguos á tales herederos como éstos suyos: porque son como vna persona é vna cosa con el testador, é aun demás dixeron que son como Señores de la herencia, biuiendo con sus mayorales, porque en su vida han todo lo que les es menester de los bienes, tambien como los padres é los abuelos. E otrosí, porque á la su fin, no los pueden desheredar sin cierta é derecha razon. *E necesarios* herederos son dichos los sieruos á quien sus Señores fazen herederos de lo suyo, en todo ó en parte, é son llamados assí porque son tenudos de otorgarse por herederos de su Señor magüer non quieran.»

Eran herederos extraños todos los demás elegidos libremente por el testador, y árbitros de aceptar ó repudiar la herencia. *Extraños*, porque se hallaban fuera de la familia, ó libres del poder del testador; *voluntarios*, porque sólo mediante un acto de su voluntad, la adición de la herencia, llegaban á ser herederos. Los hijos emancipados y el esclavo manumitido eran herederos extraños.

La necesidad de la aceptación alcanzaba también en el primitivo derecho romano á los herederos *suyos*. No siéndoles posi-

ble repudiar la herencia con arreglo al derecho civil, el pretor les concedió el beneficio de abstención, mediante el cual, no mezclándose en los asuntos de la herencia, dejaban ésta abandonada y á disposición de los acreedores.

Habiendo dejado de existir las razones que hicieron preciso semejante sistema, ha desaparecido la necesidad de la aceptación, existiendo hoy solamente herederos necesarios ó forzosos y voluntarios, y refiriéndose la necesidad al testador.

En tal sentido define el art. 806 á los herederos *forzosos* como las personas á quienes la ley reserva una porción determinada de la herencia, siendo herederos siempre, quiera ó no el testador, si no existe justa causa para su desheredación.

Todos los herederos no forzosos, son herederos *voluntarios:* el testador los elige con arreglo á su voluntad.

La aceptación de la herencia es siempre un acto libre. Tanto los herederos forzosos como los voluntarios pueden aceptar ó repudiar según su voluntad.

La voluntad del testador no juega papel alguno en la legítima verdadera que define el art. 806, como antes hemos dicho. Desde el momento en que esa voluntad interviene consintiéndolo la ley, puede afirmarse que el heredero es voluntario.

Los herederos forzosos se llaman también legitimarios.

Códigos extranjeros—La generalidad de los Códigos extranjeros no definen la legítima, ó expresan sólo que es una cuota ó una porción de la herencia destinada á la línea recta ascendente ó descendente.

El art. 1784 del Código de Portugal considera como legítima la porción de bienes de que el testador no puede disponer, por aplicarse según la ley á los herederos en línea recta. Este concepto es aceptado por todos los Códigos, aunque no se encuentre la definición en la mayoría de ellos, lo cual se comprueba con el examen de sus disposiciones sobre la materia.

ARTÍCULO 807

Son herederos forzosos:

1.º Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos.

3.º El viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de éstos, en la forma y medida que establecen los arts. 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846.

Determina este artículo las personas que tienen derecho á legítima.

Precedentes.—Hasta la vigencia de las Partidas, sólo se consideraron como herederos forzosos los descendientes, cuyo derecho reconocían la ley 1.ª, tít. 5.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, antes transcrita en parte, y la ley 9.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real.

Las Partidas, aceptando la doctrina del derecho romano, presentan un sistema de legítimas más extenso. Así, al par que confirmaron el derecho á legítima de los descendientes (ley 21, tít. 3.º, Partida 6.ª, y ley 17, tít. 1.º de la misma Partida), la concedieron también á los ascendientes (ley 1.ª del tít. 11, y ley 8.ª del tít. 13 de la citada Partida).

Respecto á los hijos ilegítimos, las Partidas distinguían la sucesión del padre de la de la madre. En la sucesión del padre, aun el hijo natural sólo tenía derecho á alimentos. En la sucesión de la madre, la ley 11, tít. 13, Partida 6.ª, decía: «Las madres siempre son ciertas de los fijos que nacen dellas; por esta razon todo fijo deue heredar en los bienes de su madre en vno con los otros fijos legítimos que nascen della: quier sea legítimo ó non»; exceptuando á los hijos incestuosos, los de dañado y punible ayuntamiento y los espúreos.

Por último, la 7.ª, tít. 13, Partida 6.ª, concedió á la viuda

pobre, á quien su marido no hubiese dejado lo bastante para vivir bien y honestamente, el derecho á la cuarta parte de los bienes de él, aunque quedasen hijos, si bien dicha cuarta parte nunca debía exceder de cien libras oro.

La ley 9.ª de Toro, tratando de armonizar la doctrina de las Partidas con las de los Códigos de procedencia germana, reconoció á los hijos ilegítimos de cualquier calidad que fuesen, salvo los de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre, el derecho de heredar á ésta ex testamento ó abintestato, pero sólo en el caso de no quedar descendientes legítimos.

Derecho vigente.—El art. 807 determina, como queda dicho, las personas que hoy tienen derecho á legítima.

De ellas, los ascendientes legítimos quedan excluídos, como expresa el núm. 2.º, cuando existen descendientes legítimos; y el padre ó madre naturales son excluídos cuando quedan descendientes legítimos ó hijos naturales, según se deduce del artículo 846 en relación con el 944. Las demás personas expresadas en el art. 807 son siempre herederos forzosos, concurran solos ó con otros legitimarios.

El núm. 3.º, al referirse al viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de éstos, añade que en la forma y medida que establecen los arts. 834 al 837, 840 al 842 y 846. Respecto á los descendientes y ascendientes legítimos, su cuota legitimaria se fija en la misma sección (artículos 808 y 809).

El núm. 3.º es completamente nuevo. Dejamos para las secciones 7.ª y 8.ª, que determinadamente tratan de esta materia, el ocuparnos de la transcendencia de la reforma.

Como se ve, por el art. 807 no se establece distinción alguna con relación al sexo del testador: varón ó hembra, sus herederos forzosos son hoy siempre los mismos.

Si el fallecido es de origen legítimo, la ley llama, en primer término, á sus hijos ó descendientes legítimos. Para ellos fué creada la legítima, y nadie con más justicia pudiera pretenderla. Ellos forman, al existir, el núcleo esencial de la herencia

forzosa. Su derecho es fijo y absoluto; mas á su lado viven en forma variable y relativa las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos naturales, siempre subordinadas á las de los descendientes legítimos.

En segundo lugar llama la ley á los ascendientes legítimos. Este grupo sustituye al de los descendientes legítimos cuando éste falta, mas ya no es tan grande su poder absorbente. Puede limitar la cuantía de la legítima del cónyuge y de los hijos naturales, mas éstas coexisten con la de dichos ascendientes, y coexisten con independencia.

Á falta de descendientes y de ascendientes legítimos, quedan solos como herederos forzosos los hijos naturales y el cónyuge, éste ó aquéllos, los que de ellos existan, ó uno y otros si ambos coexisten, sin preferencia alguna, sin limitación ya de ninguna clase, con independencia.

Si el fallecido fuese un hijo natural reconocido, el orden es el mismo; pero al grupo formado por los ascendientes legítimos que no pueden existir, sustituye otro especial, constituído por el padre ó la madre, ó por el padre y la madre naturales.

Por último, si el fallecido fuese otro cualquiera hijo ilegítimo, para la herencia forzosa ha de tenerse en cuenta que no existen ascendientes legítimos ni naturales, por lo que este grupo desaparece por completo.

Examinemos ahora brevísimamente cada uno de los grupos principales de herederos forzosos.

A) *Descendientes.*—La ley en el art. 807 menciona sólo como herederos forzosos á los descendientes legítimos, y á los hijos naturales legalmente reconocidos. Mas en cada uno de esos grupos han de incluírse otros decendientes.

Entre los hijos y descendientes legítimos han de figurar los *legitimados por el matrimonio.* Basta para ello aplicar el precepto del art. 122: «los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos». Poco importa que hayan sido reconocidos como tales hijos antes ó después del matrimonio ó en el acto de celebrarse éste. Pero es in-

dudable que si no media tal reconocimiento, esos hijos no pueden llamarse ligitimados por el matrimonio, y no les alcanza, por tanto, el beneficio que sólo á los hijos legitimados por matrimonio concede el art. 122.

En el grupo de los hijos naturales reconocidos se comprenden indudablemente *los legitimados por concesión real*. Tienen derecho á porción hereditaria según el núm. 3.º del art. 127, y determina de un modo expreso su derecho y la porción que les corresponde el art. 844. También figura en este grupo á veces, representado al hijo natural, sus decendientes legítimos, con arreglo al art. 843.

Fuera de los expresados, ningún otro descendiente puede considerarse heredero forzoso.

Los hijos *ilegítimos*, en general, no siendo naturales reconocidos ó legitimados, no pueden alegar derecho alguno á legítima en la herencia de su padre ó madre. El art. 845 sólo les concede derecho á alimentos. El derecho moderno se muestra con ellos más severo ó más cruel que el derecho antiguo.

Los hijos *adoptivos* sólo tienen el derecho que les reconoce el art. 177, á cuyo comentario nos remitimos.

B) *Ascendientes*.—En la familia legítima no hay limitaoión alguna: los padres, abuelos, bisabuelos, etc., son herederos forzosos, siguiéndose las reglas marcadas en el art. 810 en general, y en su caso las especiales de los arts. 811 y 812. Se consideran como ascendientes legítimos, aquellos cuyo lazo fué establecido por la legitimación por subsiguiente matrimonio, ya con relación al hijo fallecido, ya con relación á otro ascendiente de grado más remoto.

En la familia natural, solamente los padres tienen derecho á legítima.

En la familia, si así puede llamarse, ilegítima, ni aun los padres pueden legalmente ni deben considerarse como herederos forzosos.

El art. 177 priva al padre adoptante de todo derecho en la herencia del adoptado.

Según declara la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1903, en Aragón, habiendo un solo hijo y no siendo desheredado, se le debe legítima, no pudiendo apartársele de la herencia para instituir un nieto, hijo de ese hijo, pues el nieto, sólo representando á otro hijo podría ser instituído con exclusión de aquél.

En la de 4 de Julio de 1906 se resuelve que el viudo no tiene, en rigor, el carácter de heredero, á pesar de estar comprendido en el art. 807, siendo más bien un acreedor de cuota, por lo que no sucede en las obligaciones del difunto, y sólo responde al pago de las deudas hereditarias con los bienes que para ello se le adjudiquen.

En esta sentencia se fundamenta mal la resolución recaída. El cónyuge viudo es desde luego un heredero, y como tal está bien comprendido en el art. 807. Lo que ocurre es que es sólo un heredero usufructuario y son distintas las cargas que incumben á la propiedad de las relativas al usufructo. El viudo responde de las deudas hereditarias, pero sólo en la forma y medida que marca el art. 510, que es el especialmente aplicable en esa cuestión.

CÓDIGOS EXTRANJEROS: *Francia*.—Son herederos forzosos los descendientes legítimos y los ascendientes, y no otras personas, con arreglo al Código de Napoleón, si bien la ley de 25 de Marzo de 1896, reformando el art. 913 del Código, reconoció á los hijos naturales el derecho á reserva, nombre que allí recibe la legítima, y la ley de 9 de Marzo de 1891, que modificó el art. 767 del expresado Código, admite también como legitimario al cónyuge viudo, asignándole una cuota en usufructo.

Bélgica.—Calcado su Código en el francés, sólo los ascendientes y los descendientes legítimos disfrutaban derecho á legítima; mas este derecho ha sido ampliado en favor del cónyuge, en virtud de la ley de 20 de Noviembre de 1896, que le concede una cuota usufructuaria. Los hijos naturales no son herederos forzosos.

Italia.—Reconoce el Código de esta nación los mismos here-

deros forzosos que el nuestro, y además los hijos adoptivos y sus descendientes respecto á los padres que los adoptaron.

Portugal.—Se concede derecho á legítima á los descendientes legítimos, á los hijos adoptivos, aun en concurrencia con dichos descendientes, y á los ascendientes legítimos. Ningún derecho legitimario se concede al cónyuge ni á los hijos naturales.

Chile.—Aunque no con el nombre de legítima, los arts. 1172 al 1180 del Código de Chile, conceden al viudo un derecho, nombrado *porción conyugal*, que sólo corresponde al que carece de lo necesario para su sustentación; pero cuya porción ha de completarse siempre, ya con bienes propios, ya con lo que reciba en concepto de gananciales, legado, etc., y ya, en último término, con bienes de la herencia. Son además legitimarios, con arreglo al art. 1182, los hijos legítimos personalmente ó representados por su descendencia legítima, los ascendientes legítimos, los hijos naturales personalmente ó representados por su descendencia legítima, y los padres naturales.

Méjico.—Son herederos forzosos los ascendientes y descendientes legítimos, los hijos naturales y los hijos espureos. El cónyuge viudo tiene sólo derecho á alimentos cuando carezca de medios de subsistencia.

Guatemala.—Concédense derechos legitimarios á los hijos y descendientes legítimos, á los hijos naturales reconocidos y sus descendientes, al hijo adoptivo, á los padres y ascendientes legítimos, al padre adoptante y al cónyuge viudo cuando carece de bienes ó se halla imposibilitado por enfermedad habitual.

Colombia.—Contiene su Código disposiciones análogas á las del Código de Chile.

República Argentina.—Tienen derecho á porción legítima las personas á quienes corresponde la herencia intestada.

Baja California.—Los ascendientes, los descendientes y el cónyuge viudo, sólo tienen derecho á alimentos en la sucesión testada, no siendo considerados como herederos forzosos.

ARTÍCULO 808

Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos.

La tercera parte restante será de libre disposición.

PORCIÓN FORZOSA DE LOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

Precedentes.—La ley 1.ª, tít. 5.º, libro 4.º, del Fuero Juzgo, estableció que el que tuviese hijos ó nietos sólo pudiese dar á la Iglesia ó á otros lugares la quinta parte de lo que hubiere, sin la tercia destinada á mejora de los descendientes,

Según la ley 9.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, «ningun home que hubiere fijos ó nietos ó dende ayuso que hayan de heredar, no pueda mandar ni dar á su muerte más de la quinta parte de sus bienes»; y dando fuerza al mismo principio, dispuso la ley 7.ª, tít. 12 del mismo libro y cuerpo legal, que el que tuviese hijos ó nietos no podría donar más de dicha quinta parte, «é si por aventura más diese, la donacion no vala en aquello que es de más, é vala en aquello que puede dar».

El padre ó ascendiente debía, pues, reservar en favor de sus hijos ó nietos, por disposición de la ley, las cuatro quintas partes de sus bienes, si bien podía disponer de una tercera parte, como mejora, en favor de cualquiera de sus descendientes.

Alteró la porción legítima la ley 17, tít. 1.º de la Partida 6.ª, en la que, prescindiendo el Rey Sabio, como en todo, del derecho patrio para implantar el derecho romano, estableció lo siguiente: «E la legítima parte que deuen auer los hijos es ésta; que si fueren quatro ó dende ayuso, deuen auer de las tres partes la vna, de todos los bienes de aquel á quien heredan. E si fueren cinco ó más, deuen auer la meytad, é por esso es llamada esta parte legítima, porque la otorga la ley á los fijos.»

Esta legítima que pugnaba con las leyes y costumbres de nuestro país, no debió llegar á tener vida, porque es lo cierto que las leyes promulgadas con posterioridad á las de Partidas, dan por supuesta la legítima de los cuatro quintos, no consintiendo á los padres disponer en favor de extraños, de hijos ilegítimos, legitimados por concesión real, y hasta hijos legítimos, por vía de legado, más que de la quinta parte de los bienes, como lo comprueban las leyes 9.ª, 10, 12 y 28 de Toro, que respectivamente figuran como 5.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª en el tít. 20 del libro 10 de la Novísima Recopilación.

Constituían, pues, á la publicación del Código civil, la legítima de los descendientes, las cuatro quintas partes del caudal hereditario; un tercio de dichos cuatro quintos formaba la mejora, y un quinto la parte de libre disposición.

El proyecto de Código de 1851 sostuvo las tradiciones del derecho patrio, pero añadiendo que cuando sólo quedase un hijo ó descendiente, la legítima quedaría reducida á los dos tercios del caudal.

Por último, el proyecto de 1882 contenía la misma doctrina que el Código vigente, el cual, ante la necesidad de dar cabida en la herencia á las nuevas legítimas que crea, y tendiendo á la vez á aumentar la parte de libre disposición, reduce en todo caso la legítima de los descendientes á las dos terceras partes del caudal.

Comentario.—En virtud de la base 16, el haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales: *una* que constituirá *la legítima de los hijos; otra*, que podrá asignar el padre á su arbitrio como *mejora* entre los mismos, y *otra*, de que podrá disponer libremente.

El art. 808 es el desarrollo de esta doctrina, la exposición en el Código del principio consignado en esa base.

Comparando el artículo con la base, se observa una diferencia. Habiendo descendientes, siempre se divide la herencia en tres partes; pero la base 16 llama legítima á una tercera parte del caudal, y el art. 808 dice terminantemente que la legítima

la constituyen dos terceras partes del haber hereditario. Es verdad que en seguida separa un tercio de esos dos, dando á los ascendientes facultades para repartirlo á su arbitrio, precisamente entre sus descendientes, de conformidad con la base; pero siempre resulta que ésta no llama legítima al tercio de mejora, y el art. 808 sí.

¿Cuál fué el motivo de esta variación? La base 16 dividía el caudal en tres tercios: dos de ellos perfectamente deslindados, el de libre disposición y el de legítima, y otro intermedio, que tenía del segundo la necesidad de haber de recaer en los descendientes, y del primero la libertad de disponer. El legislador, teniendo en cuenta que esa tercera parte no podía salir de los descendientes, entendió que forzosamente debía considerarse como legítima de éstos, cuando el testador no hiciese uso de la facultad de mejorar, creyendo sin duda que la pequeña alteración que introducía en el art. 808, respecto á la base 16, carecía de importancia.

Fácil es observar, dentro del art. 808, la misma distinción esencial que en la base, entre cada uno de los dos tercios que se mezclan para formar la legítima en el sentido amplio de esta palabra. Uno de los tercios es legítima de todos los hijos y de cada uno de ellos, que deben tener en el mismo idéntica participación; y esa participación, como veremos al comentar los artículos 813 y 817, ni puede menguarse ni gravarse en modo alguno por la voluntad de los padres. El otro tercio es legítima en abstracto de la entidad descendientes, pero no lo es determinadamente de ninguno de ellos en concreto, de modo que los ascendientes pueden limitarla, y aun privar por completo de toda participación en ese tercio á los hijos y descendientes á quienes no quieran asignarlo. Y el legislador comprende tan perfectamente esta irremediable distinción, que se ocupa en la sección que examinamos de las legítimas, y sin embargo, deja para la sección siguiente todo lo relativo á mejoras. Y es que el tercio de mejora tiene una naturaleza especial, como veremos en su lugar; tan especial, que el descendiente mejorado, en cuanto á la parte

de mejora que recibe, ha de considerarse, no como heredero forzoso, sino como heredero voluntario.

Repasando todos los artículos del Código que hablan de la legítima, se observa que siempre que hace referencia al mismo tiempo á las mejoras, la palabra *legítima* tiene una significación limitada, no abarca ya los dos tercios del caudal; lo cual es lógico, porque la ley, al nombrar la *mejora*, separa ya una porción que puede alcanzar á la tercera parte, y así sólo queda un resto ó un tercio, que es el que comprende en la palabra *legítima*. Véanse los artículos 782, 819, 820, en relación con el 825, 821, 851 y otros.

Podemos concluir en resumen: *Primero*. Que el art. 808, al consentir al padre que disponga libremente de un tercio en favor de sus descendientes, sanciona la distinción entre la legítima larga y la legítima corta, constituyendo aquélla dos tercios del caudal, y ésta sólo una tercera parte. En aquélla se comprende la mejora, que es también legítima en el sentido de estar reservada por la ley á los descendientes y no poder salir de ellos. La legítima larga se descompone en dos porciones iguales: una, la legítima corta, estricta, rigurosa, propia ó verdadera, en la cual el testador no puede disponer de parte alguna, ni, por tanto, privar de ella á ninguno de sus descendientes, ni favorecer á unos más que á otros, ni gravarla, ni limitarla en absoluto; y otra, la mejora, que puede aplicarse por el ascendiente á aquel ó á aquellos de sus descendientes que á bien tenga, privando á los demás, beneficiando á unos más que á otros, imponiendo gravámenes y limitaciones. *Segundo*. La mejora, ó la porción que pueda destinarse á mejora, es un tercio del caudal, con arreglo á la base 16, y á los artículos 808 y 823 del Código, y en todos los casos en que la ley habla de legítima y de mejora á un mismo tiempo, se entiende, como regla general, que separa un tercio de otro, y llama al uno mejora y al otro legítima, refiriéndose á la corta. *Tercero*. Sin embargo de lo que se acaba de exponer, es indudable que el ascendiente, al poder disponer de todo el tercio de mejora, puede disponer solamente de una parte

de ese tercio, y en tal caso, el resto del mismo, la porción de que no haya dispuesto expresamente, sin dejar de formar parte del tercio de mejora, habrá de considerarse al mismo tiempo como parte de la legítima en sentido lato, repartiéndose con igualdad entre los descendientes legitimarios, pues no consiente otra cosa el art. 808, que es la ley aplicable, estímese ó no conforme esta conclusión con la base 16. En efecto, con arreglo á ésta, la parte de ese tercio no repartida expresamente por el testador, nunca sería legítima, seguiría siempre siendo mejora y nada más que mejora, y en concepto de tal la disfrutarían los hijos, aunque se la distribuyesen con igualdad; como en el caso de no disponer expresamente el testador del tercio libre, instituyendo herederos á sus hijos, éstos se distribuyen con igualdad ese tercio, pero siempre en concepto de parte de libre disposición. Las consecuencias serían muy distintas para fijar la legítima de los cónyuges y del hijo natural, como veremos al interpretar los artículos 834 y 840.

La variación que el art. 808 hace en la base 16, variación que en sí misma no tiene importancia, porque en el fondo encierra idéntica doctrina, ha sido fuente de dudas y cuestiones que dificultan bastante el comentario de ciertos artículos.

Dice en su última parte el art. 808 que la tercera parte restante del caudal hereditario será de libre disposición. Este tercio se llama así, en efecto: tercio libre ó tercio de libre disposición; pero aunque esta sea la regla general, hay sus excepciones. Cierto que las donaciones hechas á personas extrañas y los legados á herederos forzosos que en ese tercio se imputan, según los arts. 819, párrafo 2.°, 821 y 828, prueban su libre disposición. Pero también de ese tercio se sacan los gastos de funeral, y sobre ese tercio recae la legítima de los hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión real en el caso del art. 840, y la usufructuaria del cónyuge viudo en el caso del art. 839, lo que prueba que hay casos excepcionales, en los que, en todo ó en parte, no existe esa libertad de disponer.

Descendientes legítimos que tienen derecho á legítima. División

de la misma.—La cuota señalada en el art. 808 como legítima de los descendientes legítimos, no corresponde á todos los descendientes que existan.

La legítima, como la sucesión intestada, tiene su origen en la ley. La ley dicta sus reglas especiales para la sucesión que ella crea; establece el orden de suceder; reconoce el derecho de representación en casos determinados; señala la forma en que ha de dividirse la herencia.

Estas reglas, desarrolladas en los arts. 913 al 958, y señaladamente en los arts. 921 al 934, en relación á los descendientes legítimos, se comprenden en la sucesión intestada; pero son las establecidas por la ley. ¿Regirán también respecto á la legítima en la sucesión testamentaria? Para nosotros es indudable; los legitimarios son llamados á la herencia exclusivamente por la ley, aun contra la voluntad del testador, por lo que evidentemente las reglas para suceder en la legítima han de ser las mismas que rigen en la llamada sucesión legítima ó abintestato.

Consideramos, pues, aplicables á la legítima de los descendientes los preceptos de los arts. 921 al 934, aunque no lo diga expresamente el art. 808 ni otro alguno. En cambio, al hablar de la legítima de los ascendientes, el art. 810 repite expresamente la misma doctrina que los arts. 936 y 937, que tratan de la sucesión intestada de dichos ascendientes.

En cuanto á los descendientes legítimos, sólo encontramos dos artículos que se relacionen con este materia, el 761 y el 857. Quiere el primero de estos artículos que si el hijo es incapaz ó indigno, ocupen su lugar ó adquieran su derecho á legítima los hijos ó descendientes del incapaz. Quiere el art. 857 que esos mismos hijos ó descendientes ocupen el lugar de su padre desheredado y tengan derecho á legítima.

¿Qué se deduce de los arts. 761 y 857? Que si el hijo incapaz no fuese incapaz, ó el desheredado no estuviese desheredado, ellos, y no sus descendientes, serían los que ostentasen el derecho á la legítima; ó lo que es lo mismo, que en la legítima, como en la sucesión intestada, el pariente de grado más próximo ex-

cluye al más remoto, que el hijo excluye al nieto, el nieto al biznieto, etc., y quiere decir, además, que en los casos de incapacidad y de desheredación se admite en los descendientes de segundo ó de ulteriores grados el derecho de ocupar el lugar de su ascendiente desheredado ó incapaz, ó sea el derecho de representarle, de conformidad con la regla general del art. 929.

¿Puede admitirse esta conclusión en los casos taxativos de los arts. 761 y 857, y negarse en el caso de premorir al testador un hijo que deja á su vez otros hijos ó descendientes legítimos? No lo juzgamos posible. Si la ley permite la representación del hijo indigno ó desheredado, es porque los considera como muertos legalmente á los efectos de la sucesión, y no quiere castigar á su inocente descendencia. Resuelve casos especiales, pero fundándose en la no existencia, en el caso general y natural para el que fué establecido el derecho de representación. Al hijo muerto le representan sus hijos en el lugar de su padre, y le representan también en la sucesión legítima, y en la sucesión de la legítima con arreglo á la voluntad de la ley, que es la que establece la uña y la otra.

En cuanto á la división de la legítima entre los legitimarios, la ley no concede privilegio alguno, siendo ante ella igual el derecho de todos los hijos, por lo que también han de seguirse las mismas reglas que en la sucesión intestada, en virtud de los mismos fundamentos. Se presenta en primer término la idea de la igualdad y en seguida la de la representación. Si los hijos del desheredado ocupan su lugar, es claro que entre todos reciben la porción que hubiera correspondido á su padre á no mediar la desheredación, y lo mismo en caso de muerte y de incapacidad.

No ocurre igual en caso de renuncia, siendo aplicables los artículos 922 y 923.

Tenemos, pues, que la legítima se reconoce á favor de los hijos legítimos y sus descendientes, sin distinción de sexo ni edad y aunque procedan de distintos matrimonios; que á los hijos les corresponde la legítima por derecho propio, dividiéndose entre

ellos por partes iguales; que en caso de muerte, incapacidad ó desheredación de un hijo, representan á éste sus hijos, tomando entre todos la porción legítima que hubiera correspondido á su padre, y dividiéndola entre ellos con igualdad; que si sólo existen nietos ó descendientes de grados ulteriores, heredan en la legítima siempre por derecho de representación, y que al hijo que renuncia no se le puede representar. Explicaremos estas reglas al comentar los artículos 921 al 934.

¿Son aplicables las mismas reglas en cuanto á la mejora? Esta cuestión es de importancia y ofrece bastante campo á la controversia, pero toda vez que el mismo legislador dedica á la mejora una sección especial, en ella trataremos de resolver tan importante duda.

Según declara la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1903, la legítima en *Aragón,* según jurisprudencia establecida, consistía en los cuatro quintos de la herencia, por ser ésta la admitida en la legislación general, y no determinarse en los Fueros su cuantía, y hoy debe consistir en las dos terceras partes con arreglo al Código.

Códigos extranjeros.—Admiten unos el sistema de establecer una cuota proporcional al número de hijos, y fijan otros una cuota única, invariable, sea cualquiera el número de esos hijos.

Son ejemplo del primer sistema los Códigos de Francia, Bélgica, Holanda, Uruguay y Luisiana. Según el de este último país, la legítima de los descendientes la constituyen dos terceras partes del caudal hereditario cuando quedan tres ó más hijos, la mitad de dicho caudal, si quedan dos hijos, y la tercera parte, si sólo queda uno. Según los Códigos de Francia, Bélgica, Holanda y Uruguay, cuando el testador deja un solo hijo, forma su legítima la mitad de los bienes de la herencia; si deja dos, la legítima son dos terceras partes, y si deja tres ó más hijos, constituyen dicha legítima las tres cuartas partes del caudal. La cuarta parte, tercio ó mitad restante, son de libre disposición.

Establecen una cuota fija la generalidad de los Códigos ex-

tranjeros. Los de Guatemala, República Argentina y Méjico, admiten la antigua legítima castellana de las *cuatro quintas partes* del caudal. Un tercio de dichos cuatro quintos forma la cantidad destinada á mejoras, según la legislación de Guatemala. En Méjico, la mejora es la porción que el padre asigna á sus hijos, tomándola de la parte de libre disposición.

Italia y Austria fijan la legítima de los descendientes en la *mitad* del caudal, siendo la otra mitad de libre disposición. Los hijos adoptivos tienen en Italia iguales derechos que los hijos legítimos.

Portugal reconoce, como nuestro Código, una legítima de *dos terceras partes* á los hijos y descendientes. Los adoptivos reciben una tercera parte menos que los legítimos, si fueren adoptados con anterioridad al matrimonio.

Por último, según los Códigos de Chile y Colombia, la masa de bienes se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, ó sea *la mitad* para la legítima rigorosa de los descendientes legítimos, otra *cuarta parte* para las mejoras que el testador puede asignar á uno ó más de dichos descendientes, sean ó no legitimarios, y otra cuarta parte de libre disposición.

ARTÍCULO 809

Constituye la legítima de los padres ó ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes. De la otra mitad podrán éstos disponer libremente, salvo lo que se establece en el art. 836.

ARTÍCULO 810

La legítima reservada á los padres se dividirá entre los dos por partes iguales: si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente.

Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado dife-

rente, corresponderá por entero á los más próximos de una ú otra línea.

PORCION FORZOSA DE LOS ASCENDIENTES LEGÍTIMOS

Precedentes.—La ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª, disponía que los descendientes hubiesen de dejar á sus ascendientes su parte legítima que fijaron en la *tercera parte* de lo suyo. Mas la ley 6.ª de Toro (1.ª, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación), varió dicha cuota, permitiendo á los hijos disponer solamente de una tercera parte cuando tuviesen padres ú otros ascendientes.

Desde entonces la legítima de los ascendientes la constituían las dos terceras partes del caudal, y el proyecto de Código de 1851, artículo 642, dando un paso en favor de la libertad de disponer, fijó la legítima de los padres y ascendientes en los dos tercios, siendo aquéllos dos ó más, y en la mitad siendo uno solo.

El Proyecto de 1882, como el Código actual, limitan en todo caso dicha legítima á la mitad del caudal hereditario.

Comentario.—La doctrina relativa á la legítima de los ascendientes se contiene en los arts. 809, 810, 811 y 812 del Código. Los artículos que ahora nos ocupan establecen la regla general, de la que son excepciones los arts. 811 y 812, en los casos especiales á que se aplican.

Con arreglo al núm. 2.º del art. 807, al que sirven de complemento los que ahora examinamos, la ley se refiere en éstos á los ascendientes legítimos.

La legítima de los ascendientes es la mitad del haber hereditario de los hijos ó descendientes en todo caso, ya concurran ascendientes de ambas líneas ó de una sola, y sean uno ó más de uno.

El ascendiente de grado más próximo excluye al más remoto, sea ó no de la misma línea. Si existen los padres, cada uno de ellos recibirá una cuarta parte de la herencia; si sólo existe

el padre, ó sólo la madre, el que de ellos viva recibirá toda la legítima.

Respecto á los ascendientes de grados más distantes, la división se hace por líneas, y dentro de cada línea, paterna ó materna, con igualdad. Si los más próximos son de una sola línea, ellos se dividen con igualdad toda la legítima, como si existe uno sólo, á él nada más le corresponde. Así, si al descendiente fallecido sobreviven su abuelo paterno, y su abuelo y su abuela maternos, estos dos tomarán una cuarta parte, y el abuelo paterno sólo la cuarta parte restante; si sobreviven abuelos de la línea materna, y bisabuelos de la línea paterna, éstos quedan excluídos por aquéllos en virtud de la proximidad de grado, y siendo sólo el ascendiente de grado más próximo, la legítima íntegra le pertenece.

En la línea ascendente no se concede nunca el derecho de representación. El ascendiente que renuncia, es incapaz ó ha sido desheredado, ha de considerarse como si no existiera, pasando su parte por derecho propio á los demás del mismo grado, si los hay, ó llamándose á los de grado más inmediato en otro caso.

El art. 809 deja á salvo, en cuanto al derecho de disponer de la mitad libre, la disposición del art. 836 sobre la legítima usufructuaria del viudo. También queda á salvo, aunque no se diga expresamente, el derecho á legítima de los hijos naturales, que recae en esa mitad con arreglo al art. 841.

También nos referimos á los arts. 936 y 937, que se ocupan de la sucesión intestada de los ascendientes legítimos.

Desheredado un ascendiente sin justa causa, sólo tiene derecho á su legítima y no á toda la herencia, pues así resulta claramente del art. 851; valen las mandas y demás disposiciones testamentarias, y aun la institución de heredero, en cuanto no perjudiquen á la legítima del desheredado. Véase la sentencia de 19 de Marzo de 1886.

Códigos extranjeros.—En Francia y Bélgica la legítima de los ascendientes es una cuarta parte para cada línea, de modo que si quedan ascendientes de ambas líneas, la legítima es la mitad,

partible con igualdad entre las líneas, y si quedan ascendientes de una sola línea, la legítima es la cuarta parte.

En Italia y Austria forma la legítima de los ascendientes la tercera parte del haber hereditario de los hijos y descendientes.

En Holanda, Chile, Colombia y Uruguay, la legítima es la mitad.

En Guatemala y República Argentina dicha legítima asciende á las dos terceras partes del caudal.

En Portugal y Méjico constituye la legítima de los padres, dos tercios de la herencia, y la legítima de los ascendientes de grados más remotos, la mitad.

ARTÍCULO 811

El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.

I.

RESERVA TRONCAL.—PRELIMINARES.

A) *Precedentes.*—El art. 811 establece una *reserva.* En esta forma puede afirmarse que el artículo no tiene precedentes, y menos en el derecho común de Castilla. Es un precepto nuevo. Pero esa reserva se establece en favor de parientes de la línea de donde los bienes proceden, y bajo este aspecto domina en el artículo un reconocimiento, aunque limitado, del sistema de troncalidad, que no sólo no puede llamarse nuevo en nuestra patria, sino que aun se observa en determinados pueblos y regiones.

La ley 6.ª, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, establecía que en las cosas ganadas por un descendiente le sucediesen con

igualdad, á falta de padres, los abuelos; «mas de la que él ovo de parte de sus padres ó de sus avuelos, deven tornar á sus padres ó á sus avuelos cuemo gelas dieron».

La ley 10, tít. 3.º del Fuero Real dice, entre otros particulares: «E otrosí mandamos que el que muriere sin manda, é no dexare fijos ni nietos, é dexare abuelos de padre y de madre, el abuelo de parte del padre herede lo que fué del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fué de la madre; é si él había hecho alguna ganancia, ambos los abuelos hereden de consuno igualmente.»

Muchos Fueros municipales, entre ellos, como uno de los más notables en la materia, el Fuero de Sepúlveda, aceptaron también el principio de troncalidad; pero por regla general, como en los Códigos expresados, sólo en el caso de morir sin manda ó testamento, ó sea sólo con aplicación á la sucesión intestada.

Las Partidas borraron toda distinción entre bienes ganados por el descendiente y bienes troncales, estableciendo el sistema de la proximidad de grado. Y la ley 6.ª de Toro respetó lo dispuesto en las Partidas, «salvo en las ciudades, villas y lugares, do, segun fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco, y la raíz á la raíz».

En Cataluña, en Aragón, en Vizcaya y en Navarra rige con más ó menos amplitud, siempre en caso de sucesión abintestato, el sistema de troncalidad.

El precedente más exacto en nuestra patria del art. 811 se encuentra en la ley 6.ª, tít. 13, libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, según la cual los bienes troncales y dotales procedentes de un ascendiente, y no de un transversal, debían pasar, á falta de hermanos, á los parientes más próximos de la línea de donde tales bienes procediesen, pero siendo antes usufructuados por los padres, contrajesen ó no segundas nupcias. No puede decirse que haya identidad absoluta; mas no puede negarse que existe gran semejanza entre ambos preceptos.

B) *Consideraciones generales*.—El art. 811 no representa en

nuestro Código el triunfo del derecho de troncalidad sobre el de proximidad de grado, sino una transacción entre una y otra doctrina. Los bienes van á parar á ramas del tronco de donde proceden; pero el legislador, atendiendo al más próximo parentesco, no quiere despojar al ascendiente de todo derecho en la sucesión, y le concede desde luego el disfrute, y además, como veremos, un poder de disposición condicional. Aun en la parte admitida del principio de troncalidad, existe la aceptación del principio, aparte su carácter condicional, con dos limitaciones importantes: es una de ellas la concesión del derecho sólo á los parientes dentro del tercer grado, y no á los de grados más distantes; es la otra, el no deber buscarse el origen más ó menos remoto de los bienes, la familia á que pertenecieron de antiguo, sino sólo su procedencia inmediata, atendiendo á la persona de quien fueron adquiridos por el descendiente de cuya sucesión se trata, y al título de adquisición. Por esto dice el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 30 de Diciembre de 1897, que el precepto de dicho artículo «obedece, más que á un principio de troncalidad, á la previsión para que personas extrañas á una familia no adquieran por un azar especial de la vida, bienes que sin él hubiesen quedado dentro de ella». A pesar de esto, no puede dudarse de que se atiende á la procedencia de los bienes y se concede un derecho á parientes de la línea de donde los bienes proceden, por lo que, con razón, la reserva especial creada por el art. 811 se ha denominado *reserva troncal*, denominación que aceptamos, si bien llamando la atención sobre todas las expresadas limitaciones con que el principio se admite en el Código.

El art. 811, como los dos que le anteceden, se ocupan de la *legítima* de los ascendientes, imponiendo á dicha legítima una limitación, dándole un especialísimo carácter cuando en ella se comprenden bienes que el descendiente adquirió por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano. Los preceptos aplicables á las legítimas en general son, pues, aplicables también, en lo posible, á la legítima especial á que el art. 811 se refiere.

Por último, el art. 811 crea una *reserva* en favor de determinados parientes, como los arts. 968 y siguientes reconocen otra reserva en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio. Dicho art. 968 establece el enlace, la íntima analogía de una y otra institución, con las palabras «además de la reserva impuesta en el art. 811, el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio, estará obligado á reservar». Se trata, pues, de dos reservas impuestas por la ley, cuya naturaleza debe ser idéntica y cuyas condiciones de efectividad deben ser las mismas. La analogía es evidente; las omisiones del legislador respecto á la una, pueden salvarse aplicando los preceptos establecidos respecto á la otra, siempre que no contraríen el espíritu que respectivamente las informa, el fin que al crearlas se propuso la ley.

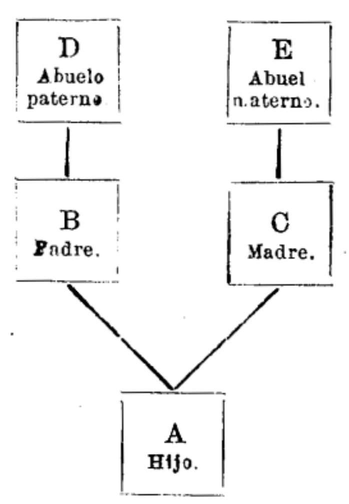
A esta legítima y reserva especiales y nuevas en nuestro derecho, dedica el Código un solo artículo, el 811, y bien merecía, como acertadamente expone un célebre comentarista, toda una sección. La inteligencia de ese artículo no es además muy llana; de modo que no es extraño que haya suscitado dudas y cuestiones, muchas de ellas de difícil resolución. Después de los años transcurridos desde la publicación del Código, varias sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección general de los Registros, han interpretado ese artículo en los puntos que han sido objeto de discusión, aclarando importantes dudas y sirviendo de guía al comentarista. Trabajos especiales sobre la reserva troncal del art. 811 han conseguido también arrojar bastante luz en la materia, y no obstante, aun quedan, como veremos, puntos dudosos, que dificultan en la práctica la aplicación de la doctrina.

Para la interpretación del artículo no ha de perderse de vista que se refiere á la legítima de los ascendientes, y establece una reserva, que viene á ser una transacción, entre dos principios sucesorios radicalmente distintos, el lineal y el de proximidad de parentesco, y que imponiéndose una traba á la circulación de la propiedad y creándose un verdadero estado excepcional de derecho, no debe ampliarse, sino más bien restringirse, el al-

cance del precepto, manteniendo la excepción mientras fuere necesaria y estuviese realmente contenida en la disposición, y aplicando las reglas generales y fundamentales del Código en materia de sucesión, en aquellos extremos no resueltos de un modo expreso; y que quedan fuera de la propia esfera de acción de la reserva especial que se crea. Además, el legislador en el art. 811 ha trazado un círculo, cuya línea exterior abarca desde la muerte del descendiente hasta la muerte del ascendiente reservista: ni antes ni después existe la reserva, porque todo momento anterior ó posterior respectivamente á esas dos fechas, queda fuera del círculo trazado por el legislador.

Pequeñas desviaciones de origen, en la interpretación, conducen en línea recta á puntos muy distantes unos de otros. Las reglas generales del Código, fundadas en la proximidad de parentesco, forman el cauce natural y propio de toda la materia de sucesión: de ese cauce se separan regueros especiales en los arts. 811 y 812; pero no se separan de un modo permanente, ni son condenados á correr siempre por terrenos extraños, sino que sólo se desvían transitoria y temporalmente, para volver después al mismo cauce de que salieron.

De la situación á que el art. 811 se refiere, dará idea el siguiente árbol genealógico:



Por muerte de A., hereda su padre B, ó su abuelo D., bienes que A. adquirió por título lucrativo de su madre C., de su abuelo E. ó de un hermano.

El caso resuelto es el que sigue: Muerte de un descendiente sin descendencia legítima. Son herederos en todos sus bienes, según el principio de proximidad de grado, su padre ó madre, su abuelo ú otro ascendiente. Serían herederos en los bienes que ese descendiente hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de su hermano, según el sistema de troncalidad, los más próximos parientes dentro de la línea de donde los bienes procediesen. Transacción entre estos dos principios ó sistemas: el ascendiente de grado más próximo, sea ó no de la misma línea de donde los bienes proceden, hereda desde luego; pero con obligación de *reservarlos* en favor de aquellos parientes. El orden de suceder no se varía, pues, en un principio, pero se altera después, imponiendo á los ascendientes una limitación respecto á los bienes adquiridos por ministerio de la ley, y procedentes de otro ascendiente ó de un hermano. Así se consigue no postergar á los ascendientes, y atender al mismo tiempo á que los bienes queden dentro de la familia ó línea á que pertenecieron.

C) *Naturaleza de la reserva creada en el art. 811.*—Supuesta la existencia de la reserva, por concurrir las condiciones de vida que para ello exige el art. 811, debemos conocer ante todo su carácter, su naturaleza peculiar.

Nada expresa claramente sobre este punto el art. 811. Se trata de una *reserva,* esto es todo. El ascendiente reserva los bienes para los parientes lineales; esto es, los guarda ó los conserva en su poder para ellos; y los guarda mientras viva, porque si tiene ese derecho de resérvarselos según la ley, lo tendrá en todos los momentos de su existencia: deja de guardarlos, cuando deja de vivir. Es desde luego, y sin género alguno de duda, un usufructuario vitalicio; no es dueño absoluto, puesto que recibe de la ley el encargo de transmitirlos á otras personas; pero ¿es algo más que un usufructuario?

En este punto se establecen dos corrientes bien marcadas. Siguiendo una de ellas, el ascendiente no es más que un usufructuario ó fiduciario legal. A la muerte del descendiente, de-

seando la ley que los bienes no salgan de su línea, y no queriendo al mismo tiempo desamparar ó despojar al ascendiente legitimario, asigna á éste el usufructo, y á los parientes la nuda propiedad. Este criterio hace sumamente sencillas las relaciones todas, y con arreglo á él, sólo los parientes dentro del tercer grado y de la línea procedente, que existieran al fallecer el descendiente, tienen derecho á los bienes; pero tienen en ellos un derecho real: la nuda propiedad, transmisible, por tanto, entre vivos ó por última voluntad; y los herederos del ascendiente reservista, como los de todo usufructuario vitalicio, han de entregar forzosamente los bienes, al extinguirse el usufructo, á las personas á quienes corresponda entonces la nuda propiedad, sean ó no parientes.

Esta corriente nos lleva más lejos de lo que parece ser la idea del legislador en el art. 811. El ascendiente reserva y guarda en suma, ¿para qué?, para que á su muerte se entreguen los bienes tal vez á personas extrañas. Por otra parte, la reserva del artículo 811 no es la única que reconoce el Código; como dice el artículo 968, además de esa reserva existe la motivada por el segundo matrimonio, en la cual el legislador se ha mostrado bastante más explícito. Puesto que los arts. 811 y 968 tratan ambos de reservas, y de reservas legales, la naturaleza de una y otra debe ser idéntica, y de aquí la segunda corriente á que antes nos hemos referido, que engendra más complicadas y peligrosas relaciones, y que ha sido la que ha llegado á prevalecer.

Los bienes pasan en primer término al ascendiente legitimario: éste los reserva, los guarda ó disfruta durante su vida, y á su muerte van á parar á la línea á que pertenecieron si hay parientes dentro del tercer grado en esa línea, y caso de no haberlos en ese momento, la reserva desaparece, los bienes quedan libres, y se sigue el orden natural de la sucesión. En cambio los parientes han de respetar ese usufructo, y tienen una esperanza á esos bienes, que sólo ven realizada los que vivan en la época del fallecimiento del ascendiente.

De aquí se deduce que el ascendiente es algo más que un

simple usufructuario; su derecho es análogo al del poseedor de bienes sujetos á una condición resolutoria. Hay, en efecto, un hecho futuro é incierto del que depende la adquisición definitiva ó la extinción del derecho por el ascendiente ó por sus herederos, así como la adquisición ó la extinción del derecho de los parientes. ¿Quedarán ó no parientes lineales, dentro del tercer grado, á la muerte del ascendiente obligado á reservar? Tal es la cuestión. ¿Quedan? Adquieren los bienes, que son perdidos para los herederos del ascendiente, porque la condición se ha cumplido. ¿No quedan? El hecho incierto no se ha realizado, y se hace definitivo y firme el derecho del ascendiente ó de sus herederos. Y no se crea que siempre habrá que esperar á la muerte del ascendiente: habrá casos en los cuales, después de nacida la reserva, ese ascendiente presenciará la muerte de la misma, por desaparecer los parientes que á ella pudieran tener derecho, y no ser posible que lleguen á existir otros.

De todos modos, el ascendiente tiene derecho á disfrutar los bienes durante su vida, por lo que puede decirse que la condición afecta solamente á la nuda propiedad.

Se ha dicho que la reserva del art. 811 guarda analogía con la sustitución fideicomisaria. En efecto, tienen alguna analogía ambas instituciones, pero también diferencias esenciales, dada la corriente, sin duda más lógica, que ha llegado á prevalecer. El fiduciario es, en suma, un usufructuario y nada más: ha de llegar un día en que entregue los bienes al fideicomisario ó á sus herederos, porque el derecho del fideicomisario no es, por regla general, condicional, sino seguro, y por lo mismo transmisible. En cambio, el ascendiente reservista es algo más que un usufructuario, es un dueño condicional, que sólo perderá el dominio de los bienes si á su muerte quedan parientes con derecho á reserva; y como, por igual razón, estos parientes no tienen un derecho seguro, sino sólo una esperanza, carecen de facultad para transmitirlo.

Entremos ya en el examen detallado del artículo, ocupándonos primero de las personas á que el art. 811 se refiere; des-

pués de los bienes que deben reservarse, y por último, de la vida de la reserva, su nacimiento, derechos y obligaciones que crea, y su extinción.

II

PERSONAS Á QUE SE REFIERE EL ART. 811.

A) *Personas obligadas á reservar.*—No hay duda alguna. El obligado á reservar es el ascendiente que hereda á un descendiente, el legitimario, á que aluden los artículos 809 y 810. Poco importa el grado: el padre ó la madre, ó ambos, los abuelos paternos ó maternos, los bisabuelos, etc., aquel ó aquellos á quienes corresponde legítima por muerte de un descendiente.

La línea del ascendiente legitimario parece que debiera tenerse en cuenta. En el árbol genealógico antes trazado, si B. ó D. heredan de A. bienes procedentes de C. ó de E., ascendientes maternos, esos bienes salen, en el momento de la sucesión, de la línea á que pertenecieron; pero si B., padre, hereda de A. bienes que á éste donó su abuelo paterno D., ó si E., abuelo materno, es el heredero legítimo de A., y adquiere lo que éste recibió como legítima de su madre C., los bienes no salen por el momento de la línea á que corresponden, aunque pueden salir después. El primer ejemplo representa el caso propio y natural de aplicación del art. 811; en el segundo no se observa tan claramente la necesidad ó utilidad del precepto. Pero la ley no distingue, no exige que los bienes procedan de un ascendiente *de línea distinta* á la del legitimario; se refiere á todo ascendiente que hereda de un descendiente bienes que proceden de otro ascendiente cualquiera. A pesar de esto, si el art. 811 no impusiese igual reserva cuando los bienes proceden de un hermano, creeríamos sólo aplicable el precepto al caso de pasar los bienes á distinta línea de la de su procedencia.

El deber de reservar los bienes procedentes de un hermano, persona de quien no puede decirse que pertenezca á distinta lí-

nea que el ascendiente que hereda, pues ha de suponerse aplicable en primer término el precepto á los hermanos de doble vínculo, indica claramente que no ha de atenderse á la línea del ascendiente legitimario. En último extremo, aunque más remota, puede observarse la conveniencia, ya que no la necesidad de la reserva, aun en el caso de pertenecer á la misma línea el ascendiente que hereda y el ascendiente de quien los bienes proceden, porque cabe que por un segundo matrimonio, ó por la sola voluntad del heredero, se arranquen los bienes de su línea, y si bien los hijos y descendientes tienen asegurado su derecho en virtud de la reserva del art. 968, no así los demás parientes á quienes por el principio de troncalidad corresponderían los bienes, caso de no existir tales descendientes.

La jurisprudencia ha aceptado el criterio expuesto, sea ó no el más justo, como puede verse en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1907 y 8 de Noviembre de 1906, que examinaremos después.

El grado ó la línea no importan, por lo tanto: todo ascendiente que hereda de un descendiente, se halla obligado á reservar los bienes á que se refiere el art. 811. Se exceptúa solamente el caso en que herede el mismo ascendiente de quien los bienes proceden; pues en tales circunstancias, el artículo aplicable será el 812.

¿Estará obligado á reservar todo ascendiente, sea ó no legítimo? El padre ó el abuelo natural, ¿deberán reservar los bienes que procedan de la madre ó de otro ascendiente natural? El artículo 811 no distingue: habla del ascendiente, sin añadir el calificativo de legítimo, y, por otra parte, existe la misma razón de aplicación del precepto en la familia natural que en la familia legítima. Sin embargo, precisamente el referirse el artículo al ascendiente de un modo indeterminado, prueba que sólo al legítimo impone la obligación de reservar.

Prescindamos por ahora de si el Código reconoce ó no la existencia de la familia natural, ó si sólo admite el lazo establecido por el reconocimiento entre padre ó madre que reconoce y los

hijos reconocidos. Sea de ello lo que quiera, puede sentarse como verdad indiscutible, que en dicho Código, el parentesco legítimo forma la regla general y el parentesco natural la excepción; razón por la que es fácil observar que en muchos artículos la ley habla sólo de los hijos ó de los padres, de los ascendientes ó de los descendientes, y en ellos siempre se refiere á los legítimos; y cuando quiere dictar algún precepto sólo aplicable al parentesco natural, no dice el padre ó la madre, sino el padre natural, la madre natural; no dice el hijo, sino el hijo natural; no habla de los ascendientes, de los hermanos, ó de los parientes en abstracto, sino de los ascendientes, los hermanos ó los parientes naturales. Véanse, como ejemplo, los arts. 294, 302, 809, 810, 846, 935 al 938, 944 y 945 y 946 al 955.

Los mismos artículos 809 y 810 hablan sólo de los ascendientes; ¿podría sostenerse en modo alguno que se refieren lo mismo á los ascendientes legítimos que á los naturales? Evidentemente establecen la legítima de los ascendientes legítimos, comprendidos como herederos forzosos en el núm. 2.º del art. 807. Y el artículo 811, y como veremos después también el 812, siguen ocupándose de esa misma legítima. El derecho de los padres é hijos naturales en la sucesión testamentaria se comprende íntegro en la sección octava, limitándose á los padres, con exclusión de otros ascendientes de tal clase, en los arts. 807, núm. 3.º, y 846. El lugar que ocupa el art. 811 en el Código, es, pues, una prueba de que sólo á los ascendientes legítimos se refiere. Y si hubiese alguna duda, la desvanecería el texto del art. 938, que declara aplicable á la sucesión intestada, establecida precisamente en favor de la línea recta ascendente *legítima*, lo dispuesto en el artículo 811; y los arts. 939 al 945, que tratan de la sucesión abintestato de los parientes naturales, así como los 840 al 847 de la sucesión testamentaria de los mismos, que no aluden directa ni indirectamente á dicho precepto.

Por último, tampoco consiente otra interpretación el principio que informa la excepción que en el derecho de suceder crea el art. 811. Obedezca el precepto al deseo de que los bienes no

salgan, en virtud de nuevas nupcias, de la familia á que pertenecieron, ó derive directamente del sistema troncal, domine la idea de la reserva ó la de la troncalidad, el patrimonio que se pretende conservar es el de la familia legítima. Sólo á los ascendientes y descendientes legítimos se refieren los artículos 968 y siguientes del Código, nacidos del peligro de segundo ó ulterior matrimonio; sólo á los parientes legítimos conceden el derecho de suceder en los bienes troncales las especiales legislaciones de Navarra, Aragón, Vizcaya y Cataluña; sólo á los ascendientes legítimos impone el deber de reservar el artículo 811.

Puede discutirse la conveniencia de ampliar el precepto á los padres ó ascendientes naturales, como puede discutirse si sería preferible suprimir la reserva en absoluto; pero en el terreno del derecho constituído no hay más remedio que reconocer que el art. 811, cuya interpretación por otra parte debe ser restrictiva, lo dictó el legislador con relación solamente á los ascendientes legítimos.

B) *Persona de quien proceden los bienes que deben reservarse.*— Inmediatamente los bienes proceden del descendiente muerto sin posteridad legítima que da motivo á la sucesión legitimaria de un ascendiente. Mediatamente, los bienes han de proceder de otro ascendiente ó de un hermano. El Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 30 de Diciembre de 1897, ha declarado «que el texto del art. 811 no autoriza para buscar la procedencia de los bienes, al efecto de determinar el parentesco lineal, más allá del ascendiente ó del hermano de quien los hubo por título lucrativo el descendiente del obligado á reservar.» Poco importa, pues, que ese hermano ó ese ascendiente los adquiriese por herencia de un extraño, ó de parientes de otra línea, ó por compra; basta que de ellos procedan; que de ellos los adquiriera por título lucrativo el descendiente fallecido.

Debemos aplicar aquí los mismos principios expuestos al tratar de la persona obligada á reservar. La ley se refiere al parentesco legítimo y á bienes procedentes de un ascendiente cual-

quiera, pertenezca ó no á la misma línea que el ascendiente que hereda, y sea ó no de grado más próximo ó mas remoto.

Véanse las sentencias de 8 de Noviembre de 1906 y 26 de Octubre de 1907.

En cuanto al hermano, desde luego es aplicable el precepto á los hermanos de doble vínculo. Pero si los bienes proceden de un medio hermano, ¿no tendrá lugar la reserva? No hay duda alguna: hermanos son unos y otros, y con esa sola denominación se comprenden los medio hermanos en los artículos 143, 144, 294, 770, 952, 953 y 954. Legítimos son también todos, y sin una disposición expresa de la ley no pueden ser excluídos. El doble vínculo determina cierta preferencia en materia de tutelas y sucesiones; mas al efecto de buscar la procedencia de los bienes en el art. 811, basta que se trate de hermanos, sean de doble vínculo, uterinos ó consanguíneos. Hay sobre todo una razón decisiva, como veremos después; en último término, la reserva se establece en favor de los parientes que pertenezcan á la línea del hermano de quien los bienes proceden, y puesto que se trata de líneas, el doble vínculo es indiferente.

C) *Personas á cuyo favor se establece la reserva.*—Este es uno de los puntos más delicados en la interpretación del art. 811. Según éste, la reserva se establece en favor de los parientes *que estén dentro del tercer grado, y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.*

Se trata desde luego del parentesco de *consanguinidad*, que es el aplicable en materia de sucesiones, con arreglo á los artículos 915 al 920. Ni podría ser de otro modo, porque el parentesco de afinidad se establece por el matrimonio entre cada cónyuge y la familia del otro, y admitirlo, sería favorecer la transmisión de los bienes de la familia de un cónyuge á la del otro, que es precisamente lo que quiere impedir el artículo.

Se trata también del parentesco *legítimo*. El obligado á reservar es un ascendiente legítimo que hereda de un descendiente bienes que proceden de la misma familia legítima, y establecido este supuesto, no cabe cuestión, porque la línea de donde los

bienes proceden ha de pertenecer á esa familia, y sólo en favor de esa línea se establece la reserva. Además, ya lo hemos dicho, se trata de defender el patrimonio de la familia legítima, siguiendo los precedentes del derecho foral. Y no puede ser de otra manera. El art. 943 niega á los parientes legítimos el derecho de heredar al hijo natural y viceversa, de donde debe deducirse que los parientes naturales no tienen tampoco derecho á heredar á los legítimos; la ley en el artículo citado establece una valla entre una y otra familia: bienes de la familia legítima no han de pasar nunca por ministerio de la ley á la familia natural.

No determina el art. 811 con claridad la persona con relación á la cual ha de computarse el tercer grado de parentesco. ¿Se atiende, como en la línea, á la persona de quien proceden los bienes de un modo mediato; se atiende al mismo ascendiente que debe reservar, ó al descendiente de quien se hereda?

En este punto, con rarísima excepción, es unánime la opinión de los comentaristas: el parentesco ha de computarse con relación al descendiente de cuya sucesión se trata. Así lo tiene también resuelto la sentencia de 16 de Diciembre de 1892, según la cual el art. 811, al establecer la reserva en favor de los parientes dentro del tercer grado, «no se ha referido con respecto al grado de parentesco que menciona, sino al que mediare entre la persona á cuyo favor debe hacerse la reserva, y el descendiente de quien proceden inmediatamente los bienes, *toda vez que del fallecimiento de éste se derivan y arrancan precisamente el derecho y la obligación de reservar* que el propio artículo establece».

Creemos ocioso insistir sobre este particular, ni alegar más fundamentos que abonan la solución apuntada. El caso está resuelto con lógica. Se ocupa el Código de la sucesión por muerte de un descendiente en los bienes procedentes de determinada línea, y las personas que en dicha sucesión podrían alegar derecho son, por razón de la proximidad de grado y preferente orden, sus ascendientes, y por razón de la línea de donde los bienes proceden, según el sistema de troncalidad, los más próximos parientes del descendiente dentro de esa línea.

Claro es que á esos parientes se refiere la ley, siendo extraños á la reserva los parientes de la persona de quien los bienes proceden más remotamente, cuya sucesión quedó terminada, y los del ascendiente, que en el caso de más propia aplicación del artículo, sólo se hallaran enlazados á la línea preferida por un lazo de afinidad.

D) *Líneas.*—Y entramos en la cuestión de la determinación de la línea.

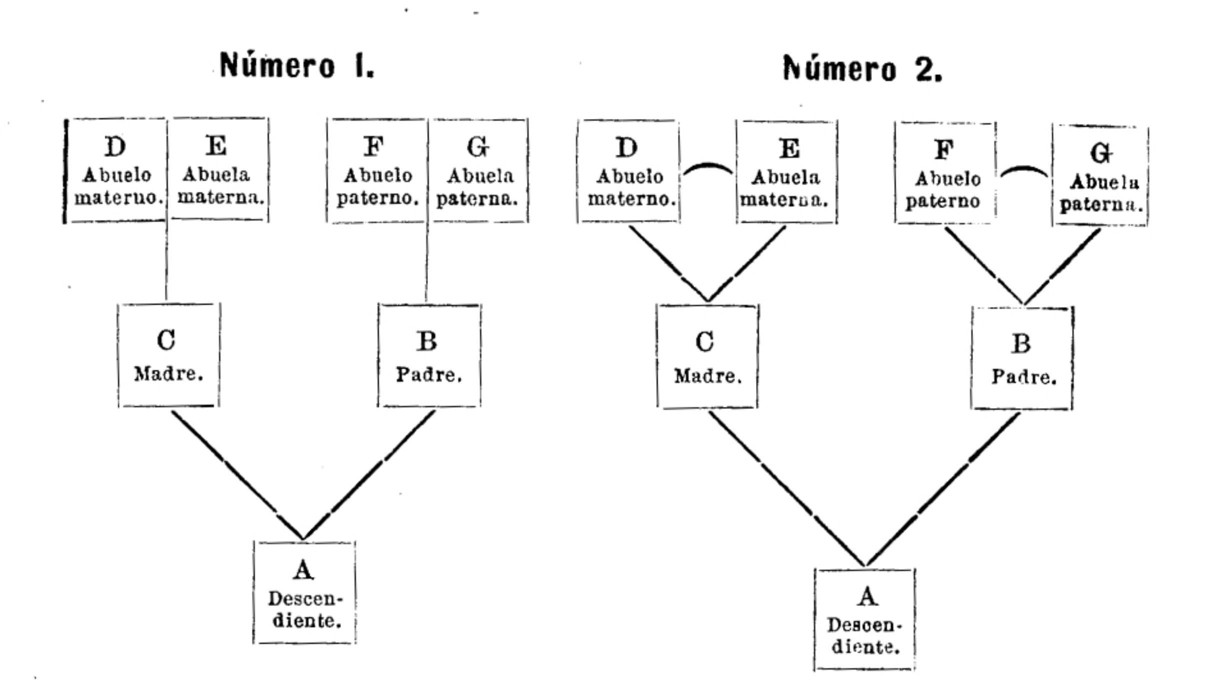
La palabra *proceder,* empleada en el art. 811, alude, según la sentencia de 1.º de Febrero de 1897, al origen de los bienes, pero sin que pueda irse más allá del ascendiente ó del hermano, según la de 30 de Diciembre del mismo año.

Entre los parientes consanguíneos y legítimos del descendiente, dentro del tercer grado, se separan desde luego las líneas á que respectivamente pueden pertenecer, sirviendo al efecto de punto de partida la persona de quien proceden los bienes, el ascendiente ó el hermano de quien los hubo el descendiente fallecido. La línea á que esa persona perteneció ha de ser la preferida.

No se trata de la división de la línea de parentesco en recta y transversal, sino de la separación de los parientes en dos grupos: paternos ó maternos, ó parientes con relación á la línea del padre ó ascendientes paternos, y parientes con relación á la línea de la madre ó de los ascendientes maternos.

Ordinariamente, en efecto, en materia de sucesión, sólo cabe hablar de dos líneas, ambas con relación á la persona de cuya sucesión se trata: línea paterna, ó por parte del padre, y línea materna, ó por parte de la madre. Pero extremando el principio lineal, fué frecuente en la Edad Media, y aun mucho después, en países regidos por el sistema de troncalidad, la bifurcación de las líneas en ramas y de éstas en sub-ramas. Así, partiendo, por ejemplo, del descendiente fallecido, formando, digámoslo así, un ángulo cuyo vértice está en su persona, una de las líneas de ese ángulo une al descendiente con su padre y la otra con su madre; mas al llegar cada una de esas líneas á los padres, se bi-

furca en otras dos, resultando así cuatro ramas, una con relación al abuelo paterno, otra con relación á la abuela paterna, otra con relación al abuelo materno y otra con relación á la abuela materna. Para aclarar esta cuestión, véanse los siguiente- árboles genealógicos:



Limitando los árboles á los abuelos, para evitar confusiones, en el primero de ellos se observa que D. y E. pertenecen ambos á la línea materna, como F y G. á la línea paterna, porque sólo sirve de punto de partida el padre ó la madre de A. Pero en el árbol segundo la línea del padre B. se divide en dos ramas, la de F. y la de G., como la línea de la madre C. se divide en otras dos, la de D. y la de E. Como los parientes colaterales pueden apreciarse sólo con relación á la línea ó con relación también á las ramas, resultará, por ejemplo, que B. (el padre), todos sus hermanos y los descendientes de ellos son parientes siempre en la línea paterna; pero F., los hermanos de F. y sus descendientes sólo son parientes en la rama del abuelo paterno, con independencia de la de la abuela paterna, así como G., los hermanos de G. y sus descendientes sólo son parientes en la rama de la abuela paterna, con independencia de los del abuelo paterno.

Hechas todas estas aclaraciones, si en el caso del art. 811 suponemos que los bienes que el descendiente adquirió por título lucrativo procedían de G., abuela paterna, ¿el abuelo paterno podrá considerarse como pariente de la línea de donde los bienes proceden, ó sólo podrán ostentar el derecho los descendientes de G. en su matrimonio con F. ó con otra persona, como únicos parientes que pertenecen á la línea y rama de G.? La cuestión es de importancia, porque aparte el interés que tiene su solución para el abuelo paterno F., cabe que éste contraiga segundas nupcias, y si él es pariente de la línea, los hijos del segundo matrimonio podrían pretender que son también parientes dentro del tercer grado en la misma, como provenientes de él.

En este punto debemos citar la sentencia de 8 de Noviembre de 1894, porque en uno de sus extremos se refiere precisamente á esta cuestión.

Muerta su madre, heredó un menor, en representación de ella, bienes de su abuela materna. Fallecido ese descendiente en la menor edad, pasaron los bienes á su padre por ministerio de la ley. El abuelo materno del descendiente, y un tío, hermano de la madre, exigieron entonces del padre la constitución de la reserva creada por el art. 811 á favor del primero de ellos, y *si así no se estimara*, en favor del segundo ó en favor de ambos. Concedióse el derecho á la reserva sólo en favor del abuelo, é interpuesto recurso de casación, entre otros motivos, por el de no pertenecer ese abuelo á la línea de donde los bienes procedían, declaró el Tribunal Supremo «que si el menor heredó á su abuela, fué en concurrencia con su tío, representando á su madre, y, consiguientemente, como si hubiera heredado directamente á su expresada madre, de cuya línea materna era el abuelo».

Aquí no caben términos medios. O conceder que el art. 811 habla de línea en sentido estricto, refiriéndose solamente á la paterna ó á la materna, ó admitir que la palabra *línea* comprende también la rama, en su caso, de donde los bienes proceden.

El peligro señalado de un segundo matrimonio del abuelo materno, por ejemplo, en el caso apuntado, y de hijos de él, es bastante remoto y no justifica suficientemente la negativa de todo derecho á ese ascendiente. Concedido el derecho al abuelo materno, éste se coloca al mismo nivel que la abuela, su consorte, de quien proceden los bienes, y no es posible negar la reserva á los hijos de uno y otra, ó solamente de uno de ellos, sean hermanos ó medio hermanos de la madre, porque no puede dudarse de su carácter de parientes por *parte* de la madre. El mal, en definitiva, podrá consistir en que los bienes pasen después al cónyuge extraño; pero esto lo mismo puede ocurrir recayendo en otro pariente la reserva. El Código entrega los bienes á la línea paterna ó materna á que corresponden, y no puede exigírsele más; á los parientes favorecidos toca después procurar su conservación en la misma línea, en cuanto de ellos pueda depender.

Nosotros creemos que en el art. 811 hay que dar á la palabra *línea* la misma significación que en los arts. 810 y 937, aunque aplicada también á la rama colateral; que al llamar dicho artículo 811 á los parientes de la línea de donde los bienes proceden, sólo cabe hablar de dos líneas, la paterna y la materna *del descendiente*, sin atender á más subdivisiones que propiamente ya no son líneas, sino ramas ó sublíneas, y que por la confusión que originan han sido desterradas de las legislaciones de todos los países, para no hablarse ya más que de parientes paternos ó maternos, y que esa es la única razón de que, procedentes los bienes de la abuela *materna,* haya de considerarse pariente de la misma línea el abuelo *materno.* Cabe, además, alegar que lo que el descendiente recibe de sus abuelos paternos, lo recibe en consideración á su padre, así como lo que adquiere por cualquier título lucrativo de sus ascendientes maternos, lo adquiere en consideración á su madre; y que en tal concepto han de reservarse sus adquisiciones para los parientes paternos ó maternos, respectivamente, como el padre que contrae segundas nupcias reserva en favor de los hijos del primer

matrimonio, con arreglo al art. 969, cuanto hubiese habido de los parientes de su primera mujer ó de sus hijos *por consideración* á éstos.

Por tanto, la línea, según nuestra creencia, ha de apreciarse con relación al padre ó á la madre del descendientes fallecido, de modo que la separación se establece entre los parientes por *parte* del padre, y los parientes por *parte* de la madre.

Si los bienes proceden de la madre ó de un ascendiente materno, la reserva se establece en favor de los parientes maternos ó por parte de la madre, quedando excluídos los paternos, y viceversa, si los bienes proceden del padre ó de un ascendiente paterno.

Si los bienes proceden de un hermano de doble vínculo, la cuestión de línea es indiferente, porque hijos, el descendiente fallecido y el hermano de quien proceden los bienes, de los mismos padres, los parientes de uno y de otro son todos de la misma línea.

Si se trata de medio hermanos, resucita la cuestion de línea, y se atiende al ascendiente (padre ó madre) común. Si provienen de un mismo padre, los parientes por parte del padre serán los de la línea de que proceden los bienes. Si provienen de una misma madre, sólo los parientes maternos tendrán derecho á los bienes reservables. Como se ve, la cuestión de ser el vínculo doble ó sencillo influye para la determinación de los parientes lineales sólo en el sentido expuesto de ser la línea la paterna y la materna conjuntamente, por ser una y otra común ó constituir una sola ó exclusivamente la paterna ó la materna por ser diferente. Fuera de esto, tratándose de una sucesión lineal, es indiferente, como dijimos en su lugar, que los bienes procedan de un hermano ó de un medio hermano. En todo caso, al efecto del derecho sobre la reserva, igual es el parentesco de doble vínculo que el de vínculo sencillo, toda vez que no hay que buscar un tronco común, sino seguir la línea, y si el medio hermano ó los hijos de un medio hermano pertenecen á ella, serán llamados por la ley con igual derecho que los hermanos é hijos de her-

manos de doble vínculo, pues éstos, de ordinario, serán llamados sólo con relación á una de las líneas de que proceden, la paterna ó la materna, y por tanto, sólo en concepto de medio hermanos, prescindiéndose del parentesco igual por la línea opuesta, que no es atendible.

En efecto, lógicamente, en la sucesión lineal sólo se aprecia el parentesco de medio vínculo. Si en el art. 811 resulta otra cosa cuando los bienes proceden de hermanos de doble vínculo, es porque no se busca más allá de ellos dicha procedencia.

E) GRADOS.—Esto supuesto, las personas á cuyo favor se establece la reserva, son:

Primer grado. El padre ó la madre solamente, pues es claro que al ser legitimario un ascendiente, ó no quedan descendiendientes, ó éstos son incapaces, ó han sido desheredados, ó han repudiado la herencia, y en todos estos últimos casos, no deben tener derecho á los bienes reservables de que les privó la ley ó el ascendiente, ó que desdeñaron por su propia voluntad.

Segundo grado. Los abuelos de la línea de que procedan los bienes, y los hermanos de doble vínculo, ó los medio hermanos de la parte de donde dichos bienes procedan.

Tercer grado. Los bisabuelos de dicha línea, los tíos carnales (hermanos ó medio hermanos del padre ó de la madre) y los sobrinos, hijos de hermanos ó medio hermanos, en su caso, del descendiente.

Todas estas personas, sin embargo, para adquirir el derecho á los bienes reservables, es preciso que existan en la época en que se consolida la reserva á su favor, ó sea al morir el ascendiente obligado á reservar, pues si en ese momento no queda pariente alguno de los expresados, la reserva se extingue por falta de personas en las que habría de recaer, ya que la reserva se halla afecta por su naturaleza, como dijimos en su lugar, á una condición resolutoria.

Esta doctrina se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo ya citada, de 3 de Diciembre de 1897, según la cual al heredar el ascendiente obligado á reservar, no es posible prever ni

precisar la extensión del derecho de los parientes, pues así como este derecho puede desaparecer por premorir los herederos al reservista, puede también ser absoluto cuando éste fallezca.

Confirma esta solución, la Resolución de la Dirección de los Registros de 27 de Junio de 1906. La determinación nominal, dice uno de los considerandos de esta Resolución, de la persona ó personas que en el caso del art. 811 han de suceder en los bienea, no puede hacerse hasta después de fallecido el ascendiente obligado á reservar, y la declaración de quienes sean dichos herederos, como la de todos los llamados á heredar por sucesión legítima, ha de hacerse por la autoridad judicial correspondiente.

Es, pues, necesaria en estos casos, como en todos los demás de sucesión legítima, que los parientes dentro del tercer grado con derecho á los bienes reservables, obtengan la declaración de herederos por los trámites establecidos en la ley procesal.

F) CUESTIONES.—Pero quedan otras varias cuestiones. ¿Tienen derecho á los bienes reservables todos los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan, ó sólo entre ellos los más próximos dentro de ese grado? ¿Tienen derecho á la reserva los parientes dentro del tercer grado que existiesen al fallecer el descendiente de cuya sucesión se trata, ó también los que nazcan después, ó sea cuantos existan al fallecer el ascendiente obligado á reservar? ¿Es admisible el derecho de representación? ¿El pariente con derecho á la reserva del art. 811, que sobreviva al ascendiente obligado á reservar, y muera después sin haber reclamado los bienes que le pertenezcan, transmite este derecho á sus herederos?

Importantísimas son todas estas cuestiones, y de ellas sólo la última ha sido resuelta por la jurisprudencia, y eso en un caso que desde luego no debía ofrecer dificultad.

Examinaremos por su orden las dudas propuestas.

PRIMERA CUESTIÓN. *Si tienen derecho á reserva indistintamente todos los parientes dentro del tercer grado, ó sólo entre ellos los de grado más próximo.*—Un notable comentarista, que entre sus co-

mentarios al Código hace un detenido estudio del art. 811, decide resueltamente la cuestión en favor de todos los parientes. Fúndase para ello:

1.º En la genealogía del art. 811, en su historia en el seno de la Comisiòn codificadora, según la cual, en materia de legítima de los ascendientes, se adoptó por mayoría la sucesión *lineal*, para evitar que las familias pasaran por la amargura de ver su patrimonio en poder de personas extrañas, y considerando el Sr. Alonso Martínez que la sucesión lineal por sí sola no llenaba el fin deseado, á menos de llamar á ella conjuntamente con los ascendientes á la rama colateral, mostró su preferencia por la institución de la *reserva* en favor de esa rama, y en su consecuencia, se formuló el proyecto que con pequeñas variantes de redacción constituye hoy el art. 811. Que iguales consideraciones movieron á la Comisión á adoptar idéntico criterio en la sucesión intestada, «como solución, según frases del mismo Sr. Alonso Martínez, para asegurar en casos dados la reversión de los bienes inmuebles al tronco de donde proceden, sin alterar por esto en su esencia el régimen sucesorio moderno, basado en el tipo de la familia natural».

2.º En que el art. 811 es una excepción del principio que informa la sucesión legítima en el Código, y siendo dos los sistemas rivales en materia de sucesión, el lineal y el de la proximidad de grado, y no siendo éste el aplicable en dicho artículo, dedúcese que el pertinente es el otro, el lineal. «Si en el instante del fallecimiento del descendiente existen varios parientes de éste en grado diverso, y no es ajustado á derecho establecer la reserva en favor del más próximo en grado, no hay otro remedio que afirmar que deben ser llamados á ella todos conjuntamente.» De admitir lo contrario, resultaría que al fallecer el pariente más próximo en grado dentro del tercero, no siendo su derecho transmisible, quedaría extinguida la reserva, aun existiendo otros parientes de ese grado, lo cual es enteramente contrario al espíritu y á la letra del artículo.

3.º En que el mismo texto del art. 811 no consiente otra in-

terpretación, pues al llamar á los parientes dentro del tercer grado, no establece distinción ó preferencia entre ellos, de donde cabe inferir lógicamente que los comprende á todos.

4.º En que proclama la expresada doctrina la sentencia de 30 de Diciembre de 1897, al declarar que no puede fijarse la parte que en los bienes pudiera corresponder á cada pariente, puesto que su derecho no es decisivo hasta el fallecimiento del ascendiente.

Nosotros creemos que la doctrina resultante de la aludida opinión hay que admitirla con determinadas reservas: es demasiado absoluta ó exclusiva y puede conducir al error. Tal vez distinguiendo de épocas en la reserva, lleguemos á una solución más justa y acertada.

Hemos expuesto la naturaleza de la reserva. No habría cuestión si los parientes adquiriesen desde luego la nuda propiedad de los bienes: entonces sólo habría que atender á un momento, el de la adquisición por muerte del descendiente, y en ese momento sostendríamos la preferencia de los parientes más próximos. Pero dada la naturaleza que tiene la reserva, claro es que hay que admitir en ella dos épocas distintas: la de su nacimiento y la de su extinción.

Nace el derecho á la reserva condicionalmente en el momento de la muerte del descendiente de cuya sucesión se trata; pero no se hace efectiva, no se realiza, no se sabe si el hecho de que depende su eficacia jurídica, se realizará ó no hasta la muerte del ascendiente obligado á reservar.

El art. 811 establece la reserva en favor de los parientes dentro del tercer grado indistintamente. ¿Quiénes tienen derecho á los bienes? Por de pronto, ninguno. Todos tienen la esperanza; pero esa esperanza se extingue por el hecho de premorir el ascendiente, y como, sin embargo, la reserva no se extingue mientras queden parientes dentro del tercer grado, es claro que el fallecido, fuese ó no fuese el más próximo, no tenía vinculada esa esperanza en su favor. Por lo mismo que se ignora en quién podrá recaer el derecho en su día; por lo mismo que puede re-

caer en cualquiera de los parientes antedichos; por lo mismo que en todos sólo hay una esperanza, que no se sabe si se convertirá ó no en realidad hasta el fallecimiento del ascendiente, ni en quién se realizará esa conversión, es preciso reconocer la igualdad de condiciones en que todos se encuentran. Nada de distinciones ni de preferencias, que no tendrían razón de ser: los parientes lineales dentro del tercer grado, todos indistintamente, *pueden* llegar á tener derecho á los bienes reservables.

En este punto, todas las razones alegadas por el distinguido comentarista Q. Mucius, son atendibles: hay más bien lujo ó exceso, que falta. Lo mismo ocurre con la reserva á que se halla obligado el viudo que contrae segundas nupcias en virtud del artículo 968. Se establece en favor de los hijos y descendientes, unos y otros indistintamente, porque todos pueden representar la misma esperanza, y todos *pueden* llegar á tener derecho á los bienes reservables.

Pero á la muerte del ascendiente ya se sabe si la condición se ha cumplido ó no, ya la esperanza se convierte en un derecho definitivo. ¿A quién se adjudica? ¿A todos, ó á los más próximos en grado dentro de la línea? Entonces es cuando hay que determinar, concretar, á quién corresponden los bienes reservables, quién tiene derecho sobre ellos, sin que la cuestión se ventile entre dos sistemas rivales, sino dentro del mismo sistema lineal; porque es claro, es evidente, que ante todo se atienda á la línea de donde los bienes proceden, que sólo los parientes de esa línea pueden obtener los bienes que para ellos se reservaron; pero dentro de esa línea, ¿son todos iguales ó cabe preferir á los más próximos? Desde luego nos decidimos por la proximidad de parentesco; lo contrario nos parece una anomalía, sin serio fundamento, ni ventaja práctica alguna.

No nos satisfacen, bajo este aspecto de la cuestión, los argumentos que en sentido opuesto y en absoluto se aducen por el citado comentarista. Los examinaremos por el mismo orden en que los hemos expuesto.

Primero. Muy atendible nos parece la historia del artículo en

el seno de la Comisión codificadora; pero ni tiene la importancia que se le concede, ni podría ser nunca decisiva. Preferible pareció al Sr. Alonso Martínez la institución reformada de la reserva extendida á personas y casos no comprendidos en el derecho vigente, que el sistema de sucesión lineal en la legítima de los ascendientes, y su pensamiento se aceptó por la Comisión en la sucesión testada y en la intestada. Esto es todo, y esto fué, según frases del Sr. Alonso Martínez, «como solución para asegurar *en casos dados*, la reversión de los bienes *inmuebles* al tronco de donde proceden, *sin alterar por esto en su esencia el régimen sucesorio moderno*».

Como consecuencia, nació el art. 811 y se redactaron los artículos 809 y 810 en armonía con ese acuerdo. De dichos artículos y de su historia resulta, que el sistema de sucesión lineal *no* se adoptó al fin en la sucesión á favor de los ascendientes; que en sustitución del mismo y como más eficaz al fin que se deseaba, se creó *la reserva* en favor de los parientes dentro del tercer grado, asegurando de este modo á la línea los bienes de ella procedentes, sin alterar *en su esencia* el régimen sucesorio moderno. ¿Cabe deducir de aquí que forzosamente todos los parientes dentro del tercer grado hayan de recibir los bienes? No lo creemos. Lo que el Sr. Alonso Martínez deseaba, era que los parientes colaterales tuviesen derecho á obtener los bienes troncales, no limitando la excepción á los ascendientes, y que en vez de aceptarse la sucesión lineal, se respetase el régimen sucesorio moderno, creándose en favor de los parientes una reserva. Y así se hizo. Y el pensamiento se respeta siempre que los bienes queden en el tronco, en poder de un pariente ó de ocho ó de veinte, porque no han de conservarse mejor por el hecho de fraccionarse, ó pulverizarse, ó ser muchos los partícipes, que guardándolos el más interesado por su mayor proximidad en la línea. Si hay duda, hay que acudir á la institución de la reserva, al sistema lineal, ó al régimen sucesorio moderno que no se quiso alterar; pero nunca buscar una solución extraña y contraria á todo lo conocido.

Segundo. Conformes en que el art. 811 constituye una excepción, no lo estamos con la idea latente en el segundo argumento, del predominio absoluto del sistema lineal sobre el de la proximidad de grado. Como hemos dicho, el art. 811 representa una transacción entre los dos sistemas: primero, se concede legítima, aunque con ciertas limitaciones, al ascendiente; después se hace una concesión en favor de los parientes tronqueros. Pero aun aceptando en esa concesión el predominio del sistema de troncalidad, veamos lo que sobre el particular establecen los Fueros de las regiones que admiten dicho sistema.

Establece el capítulo 6.º del Fuero general de Navarra que las heredades adquiridas por los hijos por dono del padre ó de la madre, «non deven tornar al padre ni á la madre, mas deven tornar á la hermandad, et si no á hermanos, *á los más cercanos* parientes sus bienes deben tornar».

Las leyes 6.ª y 7.ª, tít. 13, libro 3.º, de la Novísima Recopilación de Navarra, disponen que «los padres y ascendientes, á falta de hermanos, sucedan á los hijos abintestato solamente en los bienes adquiridos y conquistados por los hijos por su propia industria ó por la de sus padres; pero que no hayan de suceder ni sucedan en los bienes troncales y dotales, en los cuales, á falta de hermanos, prefieran y sucedan los parientes *más cercanos* de donde procedan los tales bienes», siempre que dichos bienes troncales sean de algún ascendiente y no transversal, y que los padres los usufructúen durante su vida.

En Vizcaya, la ley 8.ª, tít. 21, del Fuero, dispone que si el descendiente fallecido «dejare bienes raíces que hubo heredado ó adquirido de parte del padre, hereden *los parientes* de aquella línea por *su orden y grado*, aunque viva la madre; y si hubiere bienes raíces que haya heredado de parte de la madre, los parientes de parte de la madre enseguiente los hereden *por su orden y grado*, sin parte del padre, si vivo fuere; y si fuere muerto, sin parte de los parientes de parte del padre, aunque sean más cercanos en deudo ó sangre».

En Aragón, según el Fuero único, *de rebus vinculatis*, y la

observancia 7.ª *de testamentis*, la sucesión intestada, á falta de hijos, se defiere, en cuanto á los bienes adquiridos por herencia, á los parientes *más próximos* por la parte de donde provienen los bienes.

Las Constituciones de Cataluña, en lo relativo á la sucesión del impúber y á los bienes troncales, llaman también á *los pus prosimes parents* de la línea.

Resulta, pues, que ni aun en los países en que impera con más exageración el principio de troncabilidad, se admite en la sucesión esa amalgama de parientes de grados distintos que quiere suponerse establecida por el art. 811 del Código civil, allí donde el sistema normal es el de la proximidad de grado. Entre los parientes del tercer grado que existan al fallecimiento del ascendiente obligado á reservar, el sistema de sucesión en Castilla debe ser aquel que en su esencia no quiso alterarse, el de la proximidad de grado, el legítimo y genuinamente castellano al publicarse el Código, por analogía con lo establecido en Cataluña, Aragón, Vizcaya y Navarra; siendo de notar que, según una de las citadas leyes de esta última región, el ascendiente usufructuaba los bienes durante su vida y los reservaba en favor de los parientes troncales *más cercanos*.

Pero si así no quiere admitirse, puesto que se trata de una reserva, acudamos á lo establecido en el Código respecto á bienes reservables, y la solución será la misma, como veremos á continuación.

Tercero. El argumento tomado de la letra del art. 811 es inocente. El mismo comentarista dice en otro lugar lo siguiente: «El art. 811 preceptúa hasta dónde han de llegar los bienes; pero no determina *cómo* se han de distribuir cuando sean varios los parientes dentro del tercer grado. No peca el precepto por falta de expresión, sino por omisión, por silencio. Y si el artículo adolece de mutismo, es de necesidad acudir á medios supletorios por los cuales se pueda comprender la intención del legislador.»

Queda, pues, sentado que el artículo establece un derecho en

favor de los parientes lineales dentro del tercer grado, pero *omite* expresar cómo se ha de adjudicar cuando sean varios.

El art. 968 establece una reserva en favor de *los hijos* y *descendientes* del primer matrimonio, sin establecer preferencia ó distinción entre ellos: ¿cabe lógicamente inferir que los comprende á todos? Al efecto de *poder aspirar* á los bienes reservables todos cuantos sean hijos y descendientes legítimos, sí; al efecto de distribuirse esos bienes ó recogerlos al fallecer el padre binubo, no. Los bienes los reciben los hijos con exclusión de los nietos, ó éstos con exclusión de los biznietos; y si los recibe un nieto habiendo hijos, será en representación de su padre, ocupando el lugar de éste, y aproximándose, por tanto, en grado; lo que demuestra que al llegar el momento de *suceder* en los bienes se siguen las reglas generales de la sucesión; como que en suma las reservas forman una materia propia de las sucesiones, y no se observa la necesidad de establecer un orden sucesorio distinto, extraño, violento y anormal.

¿Por qué no ha de ocurrir lo mismo en el caso del art. 811, en el que se crea otra *reserva* ó se extiende la misma á otros casos, se nombra con la misma indeterminación á los favorecidos y no se observa tampoco esa necesidad de alterar las relaciones de la sucesión?

Cuarto. Por último, la sentencia de 30 de Diciembre de 1897 no es aplicable á la cuestión que ventilamos. En efecto; en el caso que la motivó sólo existían como parientes tres hermanos, todos, por consiguiente, en igual grado de parentesco, por lo que no pudo establecerse preferencia alguna entre ellos. Además, no se trataba de saber á quién debían pasar los bienes á la muerte del ascendiente, que es el caso que nos ocupa, sino de determinar, una vez nacida la reserva, y aun existente, si cabía precisar de antemano la participación correspondiente á cada hermano en los bienes, y el Tribunal Supremo declara con perfecta razón, que la reserva «no se puede limitar y reducir á la parte que *pudiera* corresponder en los bienes al pariente en el momento de ejercitar el derecho, porque, dada la índole y trans-

cendencia de la reserva, no es posible prever la extensión de derecho de aquél, que así como puede desaparecer por premorir al reservista, puede también ser absoluto cuando éste fallezca»; ó lo que es lo mismo, que no sabiéndose quiénes serán en su día los que tendrán derecho á la reserva, por poder desaparecer ésta si todos los parientes morían, ó pertenecer á uno solo (de los tres hermanos), si él nada más queda, debía estimarse que todos tenían la esperanza de adquirir el total de los bienes, y la facultad de pedir á su favor, en cuanto á todos esos bienes, la constitución de la reserva.

En cambio, la sentencia de 8 de Noviembre de 1894 declara reservables, en virtud del art. 811, ciertos bienes *sólo* en favor de un ascendiente de segundo grado, á pesar de quedar un tío, pariente dentro del tercero, y de haberse pedido que se constituyese la reserva á favor del primero, del segundo ó de ambos, según procediese, caso del cual nos hemos ocupado anteriormente.

Estimamos, por tanto, que entre los parientes lineales dentro del tercer grado que queden al fallecer el ascendiente obligado á reservar, la sucesión del descendiente respecto á los bienes troncales se defiere á los más próximos en grado, debiendo seguirse en esta materia, supliendo la omisión del art. 811, las reglas de la sucesión regular que el Código admite, porque eso es lo procedente aun dentro de la sucesión lineal ó troncal, con arreglo á las leyes especiales de Aragón, Cataluña, Vizcaya y Navarra; porque así se deduce de la analogía que guarda esta reserva con la del art. 968; porque así se dificulta la excesiva división de la propiedad, y porque así se cumple el fin que el legislador se propuso, y hasta puede decirse que se cumple mejor, primero, porque la mayor proximidad al tronco debe suponer mayor afección á los bienes, y segundo, porque manteniéndose unidos en lo posible estos bienes, representarán más valor y habrá mayor interés en conservarlos.

Después de publicada la segunda edición de esta obra, la Dirección general de los Registros ha tenido que resolver determinadamente esta interesante cuestión, y se apoya precisamen-

te en las mismas razones que tuvimos en cuenta, según lo expuesto antes, para resolverla en el mismo sentido, como puede verse por los Considerandos siguientes de la Resolución de 20 de Marzo de 1905:

«Según la regla general consignada en el art. 921 del Código civil, en las herencias intestadas el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar, debiendo heredar por partes iguales los que se hallaren en el mismo grado, exceptuando el caso de doble vínculo, á que se refiere el art. 949 de dicho Cuerpo legal.»

«La expresada regla rige en todos los casos de sucesión legítima, y, por tanto, también en la especial que establece el artículo 811 del citado Código, no sólo porque ninguna excepción contiene éste respecto de la misma, y si tal hubiera sido la intención del legislador, lo hubiera así consignado expresamente, sino también porque, según doctrina del Tribunal Supremo, expuesta en sentencia de 30 de Diciembre de 1897, lo preceptuado en dicho artículo obedece al fin de evitar que personas extrañas á una familia adquieran, por un azar de la vida, bienes que, sin él, hubiesen quedado dentro de ella; deduciéndose, por tanto, que aparte de este objeto determinante de dicha disposición, por virtud de la cual los bienes que el ascendiente herede de un descendiente, y que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, no pasan á los sucesores de aquél, sino á los parientes dentro del tercer grado del descendiente á quien aquellos bienes pertenecían, no existe en lo demás motivo para que se conceptúen modificadas con relación á dicho descendiente, causante en este caso de la herencia, las bases primordiales á que debe ajustarse la sucesión colateral intestada.»

«Abonan también dicha interpretación los precedentes de las legislaciones forales, que admiten el sistema de troncalidad en las sucesiones, y especialmente el precepto contenido en la ley 6.ª, tít. 13, libro 3.º de la Novísima Recopilación de Nava-

rra, que es el que más analogía presenta con el citado art. 811, y en el que se dispone que los ascendientes no pueden suceder á los descendientes en los bienes troncales y dotales, sucediendo en ellos, á falta de hermanos, los parientes *más cercanos* de donde procedan tales bienes, estableciendo, por tanto, terminantemente en esta sucesión, la preferencia de grado.»

«No es lógico presumir que la ley intente perjudicar en nombre del principio de troncalidad precisamente al pariente colateral que por su mayor proximidad fuese el llamado á la herencia, á no existir el ascendiente, y que sólo por la circunstancia de haber mediado éste se le obligue á compartirla con otros parientes inferiores en grado.»

«La razón que principalmente se alega en contra de aquel principio, ó sea, que al llamar el citado art. 811 á la sucesión, en el caso á que el mismo se refiere, á los parientes dentro del tercer grado, no contiene declaración alguna respecto á la manera de distribuir entre éstos los bienes que se reservan por virtud de lo que en el mismo se dispone, ni fija distinción ó preferencia entre ellos, y que, por tanto, los comprende á todos, no tiene verdadero fundamento, porque en parecidos términos están redactados otros artículos del Código, como el 954, según el cual, en la sucesión intestada, no habiendo hermanos ni cónyuge supérstite, deben suceder en la herencia del difunto los demás parientes colaterales, y á pesar de que en él no se hace tampoco distinción ó preferencia entre ellos, es evidente, sin embargo, que no todos los parientes colaterales suceden en dicho caso, sino que los más próximos excluyen á los más remotos. ajustándose al precepto general del citado art. 921 del mismo cuerpo legal, pues los diferentes artículos del Código se complementan y armonizan entre sí.»

SEGUNDA CUESTIÓN. *Si tienen derecho á los bienes reservables los parientes del grado y línea que exige el art. 811, nacidos después del fallecimiento del descendiente de cuya sucesión se trata.*—Expondremos previamiente algunas consideraciones preliminares.

En primer lugar, el hijo concebido se tiene por nacido para

todos los efectos que le sean fovorables; de modo que en el número de los parientes del tercer grado existentes al empezar la reserva, ó sea á la muerte del descendiente, han de contarse los concebidos y aun no nacidos en esa época, hijos de los padres, de los abuelos ó de los hermanos de ese descendiente. Y si no existiese más pariente que el concebido, existiría desde luego la reserva á su favor.

En segundo lugar, y concretándonos, como hemos de concretarnos, á los parientes no concebidos al empezar la reserva y nacidos después, téngase presente que su nacimiento no influye en el hecho de crearse ó no la reserva, sino solamente en el de llegar ó no á hacerse efectiva. La reserva no nace, no llega á existir, si á la muerte del descendiente no quedan parientes de la línea, al menos concebidos, dentro del tercer grado; pero si no quedan tales parientes, no pueden tampoco nacer después, ó lo que es lo mismo, si entonces no los hay, no los habrá nunca. En efecto; para que nazcan, por ejemplo, hermanos del descendiente, es preciso que á la muerte de éste vivan sus padres, si los bienes proceden de un hermano, ó que vivan su padre ó su madre, el de la línea preferida, si los bienes proceden de un ascendiente; y si viven, hay desde luego reserva, por existir parientes con derecho á ella. Lo mismo cabe decir de los hijos del abuelo (hermanos del padre ó de la madre) ó de los sobrinos (hijos de los hermanos), los cuales no pueden llegar á existir si no sobreviven al descendiente, el abuelo ó el hermano de quien proceden, á menos de hallarse ya concebidos. La reserva, por consiguiente, ha de suponerse ya nacida y existente; pero como al hacerse efectiva al morir el ascendiente que reservó pueden haber fallecido los parientes que quedaron al empezar la reserva y existir solamente parientes de tercer grado nacidos y concebidos después de la muerte del descendiente, hay que resolver si estos parientes tendrán ó no derecho á suceder en los bienes reservables.

Pueden adoptarse dos soluciones extremas y una intermedia.

El Sr. López R. Gómez, sin fundamentar detalladamente su

opinión, cree que, dado el sistema del Código, y atendiendo á los verdaderos principios jurídicos, deben excluirse del derecho de suceder en los bienes reservados á los parientes colaterales nacidos con posterioridad al momento en que hubo de constituirse la reserva.

Q. Mucius, por el contrario, sostiene que los parientes que vivan al morir el ascendiente, hayan nacido antes ó después de la muerte del descendiente, son los que han de recibir los bienes que se reservaron. He aquí sus palabras: «Al morir el ascendiente surge el peligro de que los bienes vayan á extrañas manos. Es el momento decisivo en el que se consuma propiamente la reserva, porque entonces hay que adjudicarlos. ¿A quién? La pregunta se contesta espontáneamente: á los parientes dentro del tercer grado que existan á la sazón.» «Durante el curso de la reserva, desde su nacimiento á la extinción, nada adquiere y nada transmite el pariente, porque su derecho es eventual, problemático y sobre todo, intransmisible. Por tanto, si premuere al ascendiente, su derecho se destruye. Queda, pues, el derecho para los que existan en el momento de extinguirse la reserva por la muerte del ascendiente, bien viviesen al crearse aquélla (fallecimiento del descendiente), bien hayan nacido con posterioridad.» «Hay otra consideración de mayor fuerza aún que la expuesta. El derecho consignado en el artículo 811, es un derecho propio, que nace de la mera cualidad de pariente dentro del tercer grado del descendiente fallecido y de la línea de donde proceden los bienes; no un derecho que se adquiere por sucesión».

De la misma opinión es el Sr. Martínez Alcubilla.

Esta cuestión no la vemos tan clara como la anterior, y el Tribunal Supremo, hasta ahora, no ha tenido ocasión de resolverla.

Parece á primera vista un absurdo conceder derechos en la sucesión de una persona á parientes que no existen, ni aun concebidos, al abrirse esa sucesión. Si los bienes pasasen directamente del descendiente á sus parientes más cercanos dentro de

la línea, sólo heredarían los que viviesen al fallecimiento de ese descendiente. Así ocurre en Navarra, Aragón y Vizcaya dentro del sistema de troncalidad, y así parece lógico y natural, sin que la interposición del ascendiente usufructuario altere los términos de la cuestión, porque siempre resulta que la sucesión se abre y el derecho arranca desde el momento de la muerte del descendiente que dió ocasión á la reserva.

A esto se objeta que el derecho consignado en el art. 811 es un derecho propio que nace de la mera cualidad de pariente; no un derecho que se adquiere por sucesión. Ciertamente, el derecho se concede á los parientes lineales dentro del tercer grado; pero se les concede con motivo de la muerte de un descendiente y en la sucesión de éste. Ellos suceden por la procedencia especial de los bienes después de ser éstos disfrutados por el ascendiente; pero suceden á título lucrativo y por causa de muerte y ministerio de la ley, lo cual es difícil poderlo negar. Hasta podrían estimarse esos parientes legitimarios ó herederos forzosos, como el mismo autor reconoce en otro lugar de su obra. De modo que este argumento no es convincente.

Pero hay otros no despreciables. Desde luego se trata de una reserva: esto es incuestionable. Pues bien: busquemos la solución que ofrece sobre este particular la reserva que en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio establecen los artículos 968 y siguientes. Si al morir el binubo obligado á reservar quedan sólo de dicho primer matrimonio, descendientes de segundo ó ulteriores grados, nacidos y concebidos después de contraídas las segundas nupcias, ¿podrían pretender los hijos de estas segundas nupcias que á ellos pasasen libremente los bienes reservados porque aquellos descendientes no existían al constituirse la reserva? Tal pretensión repugna á la naturaleza de la institución. Al quedar descendientes del primer matrimonio se cumple la condición de que dependía la existencia de la reserva, como se deduce claramente de los términos absolutos del art. 971, y los bienes pasan á esos descendientes, hubiesen nacido antes ó después de contraídas las se-

gundas nupcias. De otro modo no se cumpliría el fin que se propuso el legislador, que no fué otro sino el de que los bienes no pasasen á una familia extraña, á hijos de otro matrimonio, quedando descendientes del primero. Sería absurdo que, existiendo estos descendientes, se les negase el derecho de recibir los bienes reservados. El punto con relación á esta reserva se halla así resuelto en las sentencias de 22 de Junio de 1895 y 12 de Marzo de 1897.

Pues exactamente lo mismo cabe afirmar en el caso del artículo 811, dada la corriente que sobre la naturaleza del derecho que crea ha llegado á prevalecer; pero no sería lo mismo si los parientes adquiriesen desde luego la nuda propiedad. Se establece una reserva en favor de una determinada clase de personas: parientes dentro del tercer grado del descendiente fallecido, y de la línea de donde proceden los bienes, y se establece la reserva con idéntico fin: el de que por un azar, unas segundas nupcias, por ejemplo, y muerte prematura de un descendiente, los bienes de una familia no vayan á parar á manos extrañas, sino que queden en la misma familia á que pertenecieron. Pues bien; si suponemos que sólo tienen derecho á la reserva los parientes dentro del tercer grado que existían en la época de la muerte del descendiente, que esos parientes fallecen todos y que al extinguirse la reserva, ó sea al morir el ascendiente, sólo quedan otros nacidos y concebidos después, resultará, como dice Q. Mucius, que en el momento decisivo, cuando surge el peligro de que los bienes pasen á otra línea por morir el ascendiente, los bienes pasaran, en efecto, á esa otra línea, á pesar de existir en ese momento parientes del tercer grado de la línea de donde los bienes proceden. ¿Se cumple de este modo el fin que el legislador se propuso al dictar el art. 811? A nuestro juicio, no sólo no se cumple ese fin, sino que se contraría en absoluto.

Véase por lo que consideramos solución preferible la de conceder el derecho á la reserva á los parientes que nazcan después de su constitución y vivan al extinguirse, siempre que

pertenezcan á la línea y estén dentro del grado que exige la ley. Es cuestión de vida ó muerte para el art. 811; no cabe, dado su objeto y fin, interpretación distinta. La reserva se establece en favor de una entidad ó de una clase; los parientes dentro del tercer grado, no en favor de determinadas personas; no puede decirse que esa clase ó entidad desaparezca mientras haya parientes que la representen. Al extinguirse la reserva es cuando hay que individualizar ó determinar qué parientes son los que han de recibir los bienes que se reservaron. ¿Se ha extinguido la clase? La reserva se extingue también, muere por falta de personas con derecho á ella. ¿Quedan parientes? Nacidos antes ó después de la muerte del descendiente, la condición se ha cumplido, la reserva produce sus naturales efectos, los bienes vuelven á su línea.

Esta doctrina tiene también su fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 1897 y Resolución de la Dirección de los Registros de 27 de Junio de 1906, pues aun cuando en ellas no se resuelve precisamente la cuestión que nos ocupa, claramente se establece sin distinción alguna, que á la muerte del reservista, es cuando han de determinarse las personas en cuyo favor se impone la reserva, y si hay entonces parientes dentro del tercer grado, la reserva produce sus naturales efectos, sea la que fuere la fecha del nacimiento de esos parientes.

Hemos aludido á una solución intermedia. No la hemos visto consignada en parte alguna; pero fácil es deducirla de las doctrinas de las sentencias de 22 de Junio de 1895 y 12 de Marzo de 1897, relativas á bienes reservables por causa de segundas nupcias, que para conceder derecho á los nietos nacidos después de constituirse la reserva se apoyan en el derecho de representación.

Para conciliar la doctrina resultante del fin y objeto del artículo 811 con la que impera, por regla general, en materia de sucesión, cabe recurrir, en efecto, al derecho de representación. Condición esencial en el artículo: hallarse dentro del tercer gra-

do y pertenecer á la línea. Condición precisa para suceder, según las reglas generales del Código: existencia del heredero al abrirse la sucesión. Condición para admitir el derecho á los bienes reservados en favor de parientes que nazcan después de constituirse la reserva, pero que estén precisamente dentro del tercer grado: el derecho de representación. ¿Es ó no admisible este derecho dentro de la doctrina del art. 811? Esto forma el objeto de la cuestión tercera que nos resta examinar y al tratar de ella completaremos la doctrina expuesta.

TERCERA CUESTIÓN. *Si el derecho de los parientes dentro del tercer grado es transmisible, ya en absoluto, ya en virtud únicamente del derecho de representación.*—Todo derecho de transmisión *voluntaria* intervivos ó por causa de muerte concedido á los parientes del tercer grado antes de adquirir en definitiva los bienes reservados, pugna con la naturaleza de la reserva creada en el art. 811. Basta fijarse en que éste determina de un modo taxativo las únicas personas que tienen derecho á los bienes reservables, y tiende á que los bienes queden en la familia á que pertenecieron, para no admitir otra solución. En efecto; la transmisión voluntaria, después de todo, de la esperanza de recibir en su día los bienes, supondría la libertad para disponer. Hecha en favor de extraños ó de parientes de distinta línea ó de diferente grado; en suma, en favor de personas á quienes la ley no concede derecho, es imposible, porque entonces el ascendiente reservaría sin objeto ni fin, y los bienes pasarían á una familia extraña, que es lo que la ley trata de impedir. Hecha en favor de parientes de la misma línea y dentro del tercer grado, es enteramente baldía ó inútil, porque estos parientes tienen ya, por ministerio de la ley, el derecho ó la esperanza que se les pudiera transmitir, y en realidad nada nuevo ni nada útil recibirían.

Si el derecho no es transmisible por actos voluntarios, ¿lo será por ministerio de la ley, en virtud del derecho de representación?

Es incuestionable que los bienes han de quedar en parientes

dentro del tercer grado, porque la ley, al fijar este límite, no consiente que se traspase. Si fundándose en el derecho de representación pretendiese un pariente de cuarto grado ocupar el lugar de su padre ó madre, pariente dentro del tercero, para disfrutar del derecho á reserva concedido en el art. 811, su pretensión sería inadmisible, porque produciría el efecto de traspasar el límite marcado por la ley, ó dar entrada en la reserva á parientes del cuarto grado, y aun del quinto si quisiera representarse á un abuelo.

Este fué el caso resuelto en la sentencia de 16 de Diciembre de 1892. «Considerando, dice el Tribunal Supremo, que constituyendo la reserva de bienes un derecho ó beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo ó reclamarlo aquellas personas á cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente por lo que no cabe en esta materia de interpretación restrictiva la representación establecida para otro orden de derechos en los arts. 924 y 925 del Código civil.»

Como se ve, el Tribunal Supremo generaliza la doctrina, no considera en absoluto admisible el derecho de representación. En el caso que motivó la sentencia no había necesidad de generalizar, porque, en suma, y aparte la principal razón, antes expuesta, para no admitir á un pariente del cuarto grado, el derecho de representación sólo se concede en los artículos 924 y 925 con relación á la persona de cuya sucesión se trata y en favor de la línea recta descendente ó de los hijos de hermanos. Ahora bien: un pariente del cuarto grado del descendiente de cuya sucesión se trata, no podría alegar tal derecho para *suceder*, por no ser hijo de un hermano de ese descendiente, sino de un tío, hermano de su padre ó madre, y si en la sucesión legítima regular no podía alegar ese derecho, ¿cómo concedérselo y considerarlo admisible dentro de la doctrina del art. 811, que taxativamente fija un límite al parentesco?

El derecho de representación sólo podría ser admisible dentro de los límites que asigna la ley en el art. 925, y dentro de los límites marcados en el art. 811, esto es, en la línea recta

descendente ó en favor de hijos de hermanos y recayendo en parientes troncales dentro del tercer grado. Ese derecho podría servir, como hemos dicho antes, para dar cabida entre los parientes con derecho á reserva á los que nacieron después de haberse ésta constituído, explicando así la anomalía que parece resultar del art. 811 en materia de sucesión. Pero ese derecho de representación, ¿resolvería la duda en los términos que se desean?

La sentencia de 12 de Marzo de 1895 sienta la doctrina de que, «aun cuando la ley 15 de Toro sólo hace expresa mención de los hijos, no deben entenderse excluídos los nietos del disfrute de los *bienes reservables* puesto que *por el derecho de representación*, que es absoluto en la línea recta descendente, ocupan los nietos el lugar de su padre para adquirir todos los bienes que corresponderían á éste, si viviese, en la sucesión del abuelo».

Hoy, de los artículos 971, 968 y 975 del Código, se deduce que no sólo los hijos, sino también los otros descendientes, gozan, por declaración expresa de la ley, del derecho á la reserva. ¿Es por derecho propio ó en virtud de representación?

No encontramos incompatibilidad entre las reservas y el derecho de representación, siempre que éste se conserve dentro de sus límites. En este delicado punto de la cuestión, ese derecho puede servir de apoyo, hasta para los más intransigentes; para conceder el derecho á la reserva á los descendientes del primer matrimonio nacidos después de constituirse la misma. De todos modos, la jurisprudencia les ha reconocido ese derecho, y es justo admitirlo así. Pero en el art. 811 ese fundamento no es suficiente, porque sólo limitadísimamente es susceptible de aplicación. En efecto, sólo cabe admitir el derecho de representación, con arreglo á los límites marcados en ese artículo y en el 925, en favor de los hijos de hermanos. Resultaría entonces que todos los demás parientes, incluso los mismos hermanos nacidos con posterioridad á la constitución de la reserva, quedarían excluídos, á menos de admitir una transmisión por derecho propio de los ascendientes á los hermanos, por ejemplo, ó un de-

recho de representación especial sólo para los efectos de esta reserva, lo cual es absurdo. Este desigual resultado prueba que el derecho de representación nada resuelve en el sentido que se busca, dentro de la reserva del art. 811.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1906, declara como la de 16 de Diciembre de 1892, que el derecho concedido en el art. 811 es personalísimo ó en beneficio exclusivo de determinadas personas, no siendo por lo tanto admisible el derecho de representación.

En la de 16 de Enero de 1901 se repite la doctrina, pero dándole un alcance excepcionalísimo como veremos á continuación.

CUARTA CUESTIÓN. *¿El pariente con derecho á la reserva del artículo 811, que sobreviva al ascendiente obligado á reservar, y muera después sin haber reclamado los bienes que le pertenezcan, transmite este derecho á sus herederos?*—En la primera edición de esta obra no planteamos esa cuestión por creer indiscutible legalmente la contestación afirmativa, como resulta de la doctrina expuesta anteriormente en este mismo comentario. Pero el Tribunal Supremo no está conforme con nuestra opinión, según se deduce de la doctrina que establece en cuatro extensos considerandos de su sentencia de casación de 16 de Enero de 1901. Esto nos ha obligado á un nuevo y detenido estudio de ese punto importante, para adicionarlo en esta segunda edición del presente tomo, cumpliendo el deber que nos hemos impuesto de ilustrar á nuestros lectores, para que con su recto criterio sigan la opinión que crean más ajustada á la ley, y dejando siempre á salvo el respeto debido á tan alto Tribunal y á sus dignísimos magistrados, cuya superior ilustración y recto é imparcial criterio somos los primeros en reconocer.

Fundándonos en el mismo art. 811 y en las reglas generales que el propio Código civil establece para las sucesiones hereditarias, entendemos que la reserva especial, creada por dicho artículo, *nace* en el momento de morir el descendiente, á quien por ministerio de la ley hereda un ascendiente, respecto de los bie-

nes que aquél hubiere adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano; que estos bienes son los únicos que ese ascendiente está obligado á reservar en favor de los parientes de aquel descendiente, que estén dentro del tercer grado con el mismo y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden, usufructuándolos el reservista durante su vida; y que con la muerte de éste *muere* también la reserva, quedando extinguida la obligación de reservar si en aquel momento no existen parien tes de los antedichos con derecho á los bienes; y si sobrevive alguno de estos parientes, queda también extinguida la reserva, porque aquella obligación se convierte en la de entregarles los bienes reservados para ellos, como de su pleno dominio.

Y entendemos también, que si el pariente dentro del tercer grado con derecho á los bienes reservables sobrevive al reservista y muere después sin haber hecho uso de su derecho para que se cumpla el fin de la reserva, este derecho lo transmite á sus herederos conforme al artículo 659 del mismo Código, el cual declara que «la herencia comprende todos los bienes, *derechos* y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte».

Esta es nuestra opinión. Veamos ahora el caso á que se refiere la sentencia antes citada, y la doctrina que en ella se establece.

En 1889, antes de regir el Código civil, una madre viuda heredó de su hijo único varios bienes, que éste había adquirido por herencia de su padre, primer marido de aquélla. Como de este matrimonio no quedaron otros hijos ni descendientes, no cabía la reserva del art. 969, y se ha estimado comprendido el caso en la del 811. La madre se apoderó de todos los bienes que pertenecían á su hijo, inscribió los inmuebles á su nombre en el Registro de la propiedad sin hacer mención de dicha reserva, ni haberse instruído el expediente que para la hipoteca por bienes reservables exigen el mismo Código y la ley Hipotecaria y su reglamento. Dicha madre, viuda, contrajo después segundo matrimonio, del que tampoco tuvo sucesión, y careciendo de herederos forzosos, instituyó en testamento por su único heredero á

su segundo marido, el cual se apoderó de todos los bienes que aquélla poseía, inclusos los de que se trata, los inscribió también á su nombre como de su pleno dominio, y enajenó la mayor parte de ellos sin obstáculo ni reclamación de nadie, y sin dificultad alguna por parte del Registrador de la propiedad.

A la madre ó ascendiente reservista, que falleció en 1892, sobrevivió una hermana de su primer marido, pariente, por tanto, de aquel descendiente en el tercer grado por la línea paterna de donde procedían los bienes. Este pariente murió cuatro años después sin haber hecho reclamación alguna, y uno de sus hijos y herederos entabló la demanda contra el heredero de la reservista, solicitando, entre otras cosas, la declaración de ser reservables los bienes indicados conforme al art. 811 del Código civil, y que se le adjudicase y entregase la parte de ellos que le correspondiera como uno de los herederos de su madre, á la cual pertenecía ese derecho. El demandado se opuso alegando, entre otras razones, que los bienes no tenían el carácter de reservables; y que la demandante carecía de acción para reclamarlos. La Audiencia, revocando la sentencia del juez de primera instancia, absolvió de la demanda en todos sus extremos. La demandante interpuso recurso de casación, fundándolo en nueve motivos, el principal de ellos, la infracción del citado art. 811 y de la jurisprudencia establecida por el mismo Tribunal Supremo, y éste declaró no haber lugar al recurso, por su sentencia ya citada de 16 de Enero de 1901.

Partiendo del supuesto de que los bienes reclamados estaban sujetos á la reserva especial del art. 811, sobre lo cual no se hace declaración alguna en la sentencia de casación, los principales fundamentos de la misma se refieren á la infracción alegada de dicho artículo y de la jurisprudencia establecida. Respecto de ésta última se dice, que la doctrina de la sentencia de 16 de Diciembre de 1892 citada en el recurso, se halla inspirada en el mismo sentido que la actual, y no puede haber contradicción, porque son distintos los casos. Y en cuanto á la infracción del artículo 811, se establece la doctrina siguiente:

«Que á la obligación de la reserva, establecida en el art. 811 del Código, corresponde un derecho que sólo puede ejercitar y reeclamar la persona en quien concurran las circunstancias que el mismo artículo requiere, y no otra alguna, aunque sea con el carácter de causahabiente de aquél que no lo ejercitó, si á su vez no reune las condiciones de ley.»

Y más adelante se añade en los mismos considerandos: Que el derecho á la reserva es personalísimo y de aplicación restrictiva: que por no haber reclamado en vida ese derecho el pariente dentro del tercer grado que sobrevivió al reservista, «dejó sin vida ni realidad para él un derecho de carácter personalísimo, que sólo podría ejercitar al presente otro pariente que se hallase en las condiciones de la ley, pero no quien sólo ostenta un derecho sucesorio de carácter universal, en el que no se puede comprender el ejercitado», y que era inadmisible el supuesto de haber entrado tales bienes en el haber hereditario de aquel pariente, ó el derecho á reclamarlos, porque éste nunca los poseyó y de derecho no pudo transmitirlos á su hijo y heredero. «pues no habiéndolo reclamado, y siendo precepto terminante de la ley que quien lo ejercite tenga las condiciones legales personalísimas que en ella se determinan, tales condiciones personalísimas no se transmiten ni cabe suplirlas con la ostentación de derecho alguno sucesorio ó de representación».

A nuestro juicio, no puede prevalecer esa doctrina, por ser contraria á la ley y á la jurisprudencia establecidas. Fúndase toda ella en el supuesto de ser *personalísimo* el derecho á la reserva. En el mismo concepto es también personalísimo el derecho á la legítima, y no habrá quien sostenga el absurdo jurídico de que el hijo que sobreviva á su padre, pierde ese derecho si no lo ejercita por sí mismo, reclamando los bienes que por su legítima le correspondan. Pues en el mismo caso se halla el pariente, con derecho á los bienes reservables que sobreviva al ascendiente obligado á reservarlos. El uno y el otro adquieren tales bienes en pleno dominio por ministerio de la ley, y, por tanto, el derecho á reclamarlos, aquél desde la muerte de su padre, y

éste desde la muerte del reservista. Adquirido así el derecho, entra éste en las condiciones generales y ordinarias, forma parte del patrimonio de la persona que lo adquirió, y ésta, lo haya ejercitado ó no, lo transmite á sus herederos, y puede también disponer de él por actos entre vivos, si tiene capacidad legal para ello.

Además, ¿es *personalísimo* el derecho á la reserva del artículo 811 en el sentido y con los efectos que le atribuye aquella sentencia? Según el art. 659 y otros del mismo Código civil, tienen ese carácter únicamente los derechos que se extinguen por la muerte de la persona á quien pertenecen, ó sea todos aquellos que por su naturaleza, por la ley ó por contrato son intransmisibles. ¿Se encuentran en este caso los derechos á la reserva y á los bienes reservables? Para resolverlo debemos recordar que la reserva especial del art. 811 nace á la muerte del descendiente, á quien por ministerio de la ley hereda un ascendiente, si aquél tiene bienes adquiridos de otro ascendiente ó de un hermano, y se extingue por la muerte de aquel ascendiente obligado á la reserva. En este período de la reserva, el ascendiente que heredó á su descendiente no tiene otro carácter que el de usufructuario de los bienes sujetos á ella, puesto que además de la obligación de reservarlos, tiene la de asegurar su restitución con hipoteca y las demás garantías que ordenan los artículos 977 y 978 del Código civil, y los correspondientes de la ley Hipotecaria y su reglamento; y si no cumple estas obligaciones, podrán compelerle á ello judicialmente los parientes dentro del tercer grado con derecho á la reserva, ejercitando el derecho y acción que tienen para la conservación y seguridad de esos bienes, que podrán ser suyos si se cumple la condición resolutoria de sobrevivir al reservista. Este es el único derecho de tales parientes, que podrá estimarse como personalísimo en razón á que no puede transmitirse á los herederos cuando muere el pariente antes que el reservista.

Toda esta doctrina está conforme con la establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de Diciembre de 1897.

En el caso de este pleito, siendo entonces tres los parientes con derecho á la reserva, sólo uno de ellos entabló la demanda contra el reservista para que se declarase que eran reservables los bienes conforme al art. 811, y se le obligase al aseguramiento de los mismos, y el Tribunal Supremo, casando la sentencia recurrida, declaró lo siguiente:

«Que el derecho que el art. 811 del Código otorga á los parientes hasta el tercer grado para obligar al ascendiente, á reservar los bienes que hereda de un descendiente, á su vez heredados por éste de otro ascendiente ó de un hermano, no se puede limitar y reducir á la parte que pudiera corresponder en ellos al pariente en el momento de ejercitar el derecho, porque dada la índole y transcendencia de la reserva, no es posible prever la extensión del derecho de aquél, que así como puede desaparecer por premorir al reservista, puede también ser absoluto cuando éste fallezca.»

«Y que, según ya tiene declarado este Supremo Tribunal las garantías de aseguramiento que establece el Código en los artículos 977 y 978 para las reservas á que dichos articulos se refieren, son aplicables, por existir la misma razón legal y por el carácter general que tienen las disposiciones del capítulo en que aquéllos se encuentran, á la reserva especial de que trata el artículo 811.»

Pero extinguida la reserva por la muerte del reservista, cambian por completo las relaciones y condiciones jurídicas de las personas y de las cosas, como ya se ha indicado. La obligación de reservar se convierte en la de entregar los bienes á quien correspondan, obligación que pasa á la herencia del reservista fallecido y deben cumplir sus herederos. Y el dereho á la reserva se convierte en el derecho al dominio pleno de esos bienes. Si á la muerte del reservista se cumple la condición resolutoria de existir parientes dentro del tercer grado que pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden, á estos parientes pasa desde aquel momento por ministerio de la ley el dominio absoluto de aquellos bienes, y, por consiguiente, el derecho para re-

clamarlos, pudiendo disponer libremente de aquéllos ó de éste, y transmitirlos á sus herederos, puesto que la ley no lo prohibe. Y si no sobrevive al reservista ninguno de dichos parientes, queda extinguida la obligación de reservar, por no haberse cumplido aquella condición resolutoria impuesta por la ley, y en su virtud vuelven los bienes al pleno dominio del ascendiente, y pertenecen á su herencia conforme al art. 651. Y como nada ordena la ley en sentido contrario, tenemos por indudable que no tiene el carácter de personalísimo ninguno de esos derechos, que nacen con la extinción de la reserva, pertenecen á la herencia y se transmiten á los herederos, aunque el causante no los hubiere ejercitado por sí mismo, salvo los casos de renuncia, incapacidad ó prescripción.

También se afirma en la citada sentencia de 1901 que por no haber reclamado en vida su derecho á los bienes de la reserva el pariente que reunía las condiciones de la ley, dejó sin vida ni realidad ese derecho, y no pudo transmitirlo á sus herederos, por ser «precepto terminante de la ley que quien lo *ejercite* tenga las condiciones personalísimas que en ella se determinan». ¿Dónde está la ley que contenga ese precepto terminante? A nuestro juicio se ha confundido la adquisición del derecho con el ejercicio de la acción para reclamarlo. Es cierto que nadie puede adquirirlo si no reune las condiciones personalísimas que determina la ley, y que no se transmiten tales condiciones; pero una vez adquirido el derecho por ministerio de la misma ley, pasan los bienes al dominio absoluto de ese pariente; son de su propiedad desde que muere el reservista, y tiene el derecho de disponer de ellos y acción para reivindicarlos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, como lo declara el artículo 348 del Código; y para este caso no se establece limitación alguna, como no sea la de respetar ciertas enajenaciones hechas por el reservista, aunque siempre con la obligación de indemnizar, á que se refieren los arts. 975 y siguientes, con lo cual se reconoce también que la propiedad de los bienes reservables pasa al dominio del pariente llamado por la ley y puede

disponer de ellos, haya ejercitado ó no por sí mismo su derecho para reclamarlos.

Por estas razones y las demás que quedan expuestas, entendemos, sin ningún género de duda, que la vida y realización del derecho á los bienes reservables no depende, como se supone, de que lo ejercite en vida el pariente llamado por la ley, sino de que este pariente sobreviva al reservista, por cuya muerte se extingue la reserva, y adquiere aquél ese derecho sin limitación alguna, y puede, por tanto, disponer de él como le convenga y transmitirlo á sus herederos con el derecho y acción para reclamar los bienes, aunque él no lo hubiere ejercitado por sí mismo en vida, ya fuese por negligencia, ó ignorancia, ó por consideraciones de familia, ó por cualquier otro motivo. Esta es nuestra opinión, salvo el respeto debido á la contraria, y así creemos que debe entenderse y aplicarse en sentido restrictivo el art. 811, cuyo precepto «obedece más que á un principio de verdadera troncalidad, á la previsión para que personas extrañas á una familia no adquieran, por un azar especial de la vida (y por ministerio de la ley), bienes, que sin él hubiesen quedado dentro de ella», como con notorio acierto ha dicho también el propio Tribunal Supremo en el tercer considerando de su sentencia ya citada de 30 de Diciembre de 1897.

III.—Bienes que deben reservarse

El art. 811 expresa los bienes que son objeto de la reserva. Son los heredados *por ministerio de la ley* por un ascendiente de su descendiente, en cuanto éste los hubiese adquirido *por título lucrativo*, de otro ascendiente ó de un hermano.

La ley atiende, por lo tanto, á dos circunstancias esenciales: 1.ª La procedencia de los bienes. 2.ª El concepto de su adquisición por el ascendiente.

A) *Procedencia de los bienes.*—Esta es la causa, el fundamento de la reserva. Los bienes han tomado el carácter de familiares ó patrimoniales, y la ley estima que no deben salir de la fa-

milia á que pertenecen. Es cierto que para darles tal carácter no busca muy lejos su procedencia, bastándole que el descendiente los hubiese adquirido por título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano, sin cuidarse de su procedencia anterior; pero ya han pertenecido á dos individuos, por lo menos, de la misma línea, se conservan en ella á la muerte del descendiente, y la ley prefiere esa línea á cualquiera otra.

La procedencia de los bienes se determina, pues, por dos circunstancias: *a*) haber pertenecido á un ascendiente ó á un hermano; *b*) haberse transmitido por éstos en virtud de un título lucrativo al descendiente de cuya sucesión se trata.

La transmisión es gratuita ó á *título lucrativo* cuando el que adquiere no da nada en equivalencia de lo que recibe. Poco importa que los bienes transmitidos se hallen ó no afectos con anterioridad á determinadas cargas; lo esencial es que quien los transmite lo haga gratuitamente, por pura liberalidad, sin exigir á su favor por parte del adquirente prestación alguna; que el que los recibe no entregue, dé ó haga nada en equivalencia de lo transmitido.

Son títulos lucrativos por excelencia, á los que pueden reducirse cuantos quieran inventarse, la donación y la sucesión testada é intestada, y como tales se enumeran en el art. 968.

Ventilándose en un pleito cuestiones relativas á los derechos de un menor en la herencia de su abuela, y habiendo sido terminadas por transacción. declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Noviembre de 1894, que no es la escritura de transacción la que da carácter al título en virtud del cual adquirió el menor las cantidades que se le adjudicaron, sino la materia que fué objeto de la transacción, ó sean los derechos hereditarios que representan un título gratuito, y, por tanto, que al heredar á ese menor su padre, estaba obligado á reservar los bienes comprendidos en la escritura en favor de los parientes de la línea de que procedían.

El Tribunal Supremo tiene declarado en su sentencia ya citada de 30 de Diciembre de 1897, «que el texto del art. 811 no

autoriza para buscar la procedencia de los bienes más allá del ascendiente ó del hermano de quien los hubo por título lucrativo el descendiente del obligado á reservar.

Repite esta doctrina la sentencia de 8 de Noviembre de 1906, y en la de 26 de Octubre de 1907 se declara que la procedencia de los bienes hay que apreciarla sólo con relación al descendiente fallecido, sin buscar su origen más allá, por lo que aunque esos bienes procediesen antes de un ascendiente de distinta línea que el ascendiente que viene á obtenerlos como reservables, no por ello se quebranta el espíritu del art. 811, que no se inspira en un verdadero principio de troncalidad.

Hemos dicho que la procedencia de los bienes se determina no sólo por la transmisión al descendiente en virtud de un título lucrativo, sino también por el hecho de haber *pertenecido* á un ascendiente ó á un hermano. Hay que llamar la atención sobre esta circunstancia, porque examinado ligeramente el artículo pudiera creerse que bastaba adquirir algo, no de un ascendiente, sino por mediación de él ó con metálico del mismo.

Para exigir la circunstancia de haber pertenecido al hermano ó al ascendiente los bienes que se hallan en la sucesión del descendiente, nos fundamos:

1.º En el espíritu del art. 811, pues su disposición tiene por base el carácter familiar de los bienes. Como dice el Sr. Martínez Alcubilla, «uno de los objetos del artículo es rendir un tributo á los afectos, haciendo que no salgan de la familia, por ministerio de la ley, los bienes que son recuerdos de los antepasados, que lograron adquirirlos con su trabajo, vivieron de sus productos ó los fecundaron con su sudor». Para que este objeto y espíritu del art. 811 resulte verdadero y no se falsee la doctrina, es necesario que los bienes hubiesen pertenecido al ascendiente ó al hermano de quien se adquirieron.

2.º En la letra del mismo artículo, pues por otra parte exige que el descendiente adquiera bienes de un ascendiente ó de un hermano, es decir, propios de un ascendiente ó de un hermano, y después, completando su idea, establece la reserva en favor de

la línea *de donde los bienes proceden*. La palabra *proceder*, en este artículo, tiene una significación clara. Como expresa la sentencia de 1.º de Febrero de 1897, late en esa palabra la idea de buscar el origen de los bienes, la familia á que pertenecieron. Y sostenemos desde luego que la ley alude al origen real y verdadero de los bienes, *al hecho* de haber pertenecido al ascendiente ó al hermano, de ser materialmente propios de la familia y de la línea en cuyo favor se reservan, no á la causa ó razón de la adquisición por el descendiente, causa ó razón que pudiera estimarse como origen jurídico, y que pudo motivar el que dicho descendiente obtuviese bienes pertenecientes antes, no á su familia, sino á personas extrañas.

Por lo que se relaciona con la procedencia de los bienes, concluiremos este punto con el siguiente caso práctico: Un padre suscribe á uno de sus hijos en una Sociedad de seguros sobre la vida; el padre paga las primas ó cuotas del seguro, y el hijo cobra á su tiempo el capital asegurado. Muere después el hijo, y por ministerio de la ley le hereda un ascendiente. ¿Estará éste obligado á reservar esos bienes, conforme al art. 811? Creemos que sí, en cuanto á las primas ó cuotas del seguro pagadas por el padre, y que no en cuanto al capital asegurado. Aquéllas constituyen una donación gratuita hecha por el padre al hijo, que será colacionable en su caso, y habrá de imputarse á ese hijo á cuenta de su legítima; por tanto, son bienes que el descendiente adquirió á título lucrativo de un ascendiente, y el otro ascendiente que los hereda está obligado á reservarlos, por concurrir las circunstancias que exige dicho artículo. No así respecto del capital asegurado; éste no lo paga el padre, sino el asegurador, y es de la propiedad exclusiva de la persona asegurada, como lo declara el art. 428 del Código de Comercio.

B) *Concepto de la adquisición por el ascendiente obligado á la reserva.*—Los bienes procedentes por título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano, sólo son reservables cuando sean heredados *por ministerio de la ley*. El art. 811 es en esta parte justo: un extraño recibe bienes del descendiente fallecido en virtud de

herencia ó legado, y no tiene nunca obligación de reservarlos. ¿Podría ser la ley más severa con el ascendiente que con ese extraño? Por esto el artículo distingue: lo que el ascendiente debe exclusivamente á la voluntad de su descendiente, es suyo en pleno dominio, no tiene obligación de conservarlo ó reservarlo para nadie; lo que el ascendiente recibe por ministerio de la ley eso tan solamente es lo que debe reservar.

¿Qué quiere decir el artículo al referirse á bienes adquiridos por ministerio de la ley? Tratándose de herencias, como claramente se expresa en las palabras «el ascendiente que *heredare*», son bienes adquiridos por ministerio de la ley los que el ascendiente recibe en virtud de un precepto legal y no tan sólo por la expresa voluntad de su descendiente. Esos bienes, en la sucesión *testada*, son los que adquiere por su legítima ó en concepto de heredero forzoso, y en la sucesión *intestada*, son todos los bienes, porque todos se transmiten por ministerio de la ley. Así rectamente se desprende también de la colocación en el Código de los artículos que de esta reserva se ocupan; la ley impone la obligación de reservar al ascendiente al tratar de su legítima en el art. 811, y al tratar de la sucesión abintestato á su favor en el art. 938. Así lo interpretó el Sr. Alonso Martínez con perfecta claridad en su notable obra *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, y así lo han entendido, por último, la inmensa mayoría de los comentaristas y el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de Julio de 1899.

C) *Clase de bienes que deben reservarse.—Si es admisible su subrogación por otros.*—Según frases del Sr. Alonso Martínez, la reserva tenía por objeto asegurar la reversión de los bienes *inmuebles* al tronco de que proceden: la misma idea parece dominar en las provincias regidas por fueros especiales, y es que, en efecto, se comprende el legítimo deseo en los individuos de una familia de conservar en ella las fincas patrimoniales, las alhajas de sus antepasados, cuadros, documentos, etc., cosas ú objetos hacia los que deben sentir cariño, afecto ó veneración; y parece también que se falsea la razón de ser de la institución, y se

aumentan, sin ventaja alguna, sus inconvenientes cuando se extiende á otra clase de bienes, como, por ejemplo, los fungibles. Sin embargo, la ley no distingue y no puede distinguirse. Los bienes que pertenecieron al ascendiente ó al hermano, y que de ellos pasaron al descendiente, si se conservan en la sucesión de éste y se transmiten á otro ascendiente por ministerio de la ley, todos son reservables, cualquiera que sea su clase, muebles ó inmuebles, fructíferos ó infructíferos, fungibles ó no fungibles.

El art. 811 ha dado esta extensión á los bienes de la reserva que en él se establece, porque si bien puede suponerse que se atiende al principio de troncalidad para designar los parientes á quienes se concede ese beneficio, no obedece su precepto á tal principio, ni al afecto que pueda tenerse á algunos bienes patrimoniales, sino al justo deseo de precaver y evitar que, por un azar especial de la vida, los bienes pertenecientes á una familia, y que sin dicho azar hubieran quedado dentro de ella, pasen al patrimonio de otra familia y de personas extrañas, y que esto se realice por ministerio de la ley, y no por voluntad del que pudiera disponer libremente de tales bienes, y cuya libertad se respeta. Ya hemos dicho que así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de Diciembre de 1897.

Por haber sido ese el objeto y fin del art. 811, no se limitó la reserva á los bienes *inmuebles*, para asegurar su reversión al tronco de que procedían, sino que se hizo extensiva á todos los bienes, tanto inmuebles como muebles, fungibles ó no fungibles, siempre que el descendiente, á quien hereda el ascendiente reservista, los hubiese adquirido por título gratuito de otro ascendiente ó de un hermano. Y se establece la reserva únicamente en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan, porque á estos parientes habrían correspondido los bienes si no hubieren pasado á personas extrañas por esos azares de la vida que preveía el legislador, y que no son raros, como lo demuestran los

muchos pleitos promovidos sobre la inteligencia y aplicación de dicho artículo.

Sobre la cuestión relativa á si los bienes reservables pueden ser subrogados unos por otros, creemos encontrar su resolución en el mismo art. 811 y en los artículos 974 al 978 inclusive, que son aplicables al caso, como se ha declarado con repetición, aunque se refieren á la reserva del cónyuge viudo, que contrae segundo matrimonio, en favor de los hijos del primero.

Téngase presente que sólo son reservables los bienes que el descendiente hubiese adquirido por título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano, y que la obligación de reservarlos nace desde que muere ese descendiente y por ministerio de la ley le hereda otro ascendiente con dicha obligación, como ya se ha dicho. Pues bien: si á la muerte de aquel descendiente existen en su herencia los mismos bienes que adquirió de su ascendiente ó de su hermano, el ascendiente reservista está obligado á conservarlos para que en su día los reciba el pariente llamado por la ley al pleno dominio de ellos, y por consiguiente, no pueden ser subrogados ni sustituídos con otros. Esto es lo natural; y que esa fué la intención del legislador se deduce de la obligación que, por los artículos antes citados y por la ley Hipotecaria, se impone al reservista de hacer inventario de todos los bienes sujetos á la reserva, anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles y asegurar con hipoteca la restitución de los demás ó el abono de su valor y de los deterioros en su caso.

Pero puede suceder, y no son raros los casos, que en el haber hereditario del reservista no se hallen los bienes que estaba obligado á reservar, por haberlos consumido ó enajenado, ó que estén deteriorados por su culpa ó negligencia. En tales casos, si se hubiere hecho el inventario y asegurado con hipoteca la restitución de los bienes, será fácil recobrar el valor de los mismos ó reivindicar los inmuebles, ejercitando el pariente que tenga derecho á ellos la acción que, según las circunstancias del caso, se estime más procedente. Lo mismo tendrá que hacer si por su

negligencia no se hubieren llenado los requisitos antedichos para asegurar los bienes reservables. En todos estos casos será ineludible, por necesidad, la sustitución ó subrogación de unas cosas por otras, ó su pago en metálico.

¿Y si consisten en metálico los bienes reservables y no lo hay en el haber hereditario del reservista? En este caso creemos que el acreedor, ó sea el pariente con derecho á los bienes, podrá pedir que se vendan los de la herencia hasta realizar la cantidad en metálico que él deba percibir, ó aceptar en pago los bienes ó valores en que se hubiere invertido su dinero. Podrán servir de norma las reglas establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil para la ejecución de las sentencias.

Obsérvese, sin embargo, por cuanto queda expuesto, los límites, dentro de los cuales es naturalmente admisible la sustitución ó subrogación de unos bienes reservables por otros. Antes de la muerte del descendiente no existe reserva; por consiguiente, no cabe hablar de sustitución. Si ese descendiente consume los bienes que por título lucrativo adquirió de un ascendiente ó de un hermano, si los vende, los cambia ó en cualquier forma los enajena, no se sustituyen por el metálico ó por los objetos que pueda adquirir en equivalencia, porque los que dió ya no existen en su patrimonio al nacer la reserva, y los que adquiere ya no son procedentes del ascendiente ó del hermano.

Al morir el descendiente, son reservables los bienes que existan en su sucesión y procedan del padre ó del abuelo ó del hermano, ya se determinan, y por consiguiente, si se cumple la condición es irremediable entregar á los parientes dentro del tercer grado, ó los mismos bienes ó su valor. Los mismos bienes, si se conservan en la sucesión del reservista, ó pueden reclamarse, aun estando en poder de tercero; su valor ó equivalente, cuando no existiendo en la sucesión, no puedan determinadamente reclamarse por su naturaleza especial (metálico, bienes fungibles, etc.), ó por impedirlo preceptos de la ley Hipotecaria ó del Código civil, ó por otra causa cualquiera que impida

la obtención de los mismos bienes. Es decir, que la sustitución ó subrogación se admite cuando es ineludible, por deber entregarse el total reservable y no existir en la sucesión lo que hay que entregar. Cumpliendo los preceptos legales, no debe nunca llegar el caso de sustitución ó subrogación en los bienes inmuebles. Véase el comentario de los artículos 974 y siguientes.

En este sentido, deberá tenerse por ampliada y explicada la doctrina expuesta sobre el mismo tema en las anteriores ediciones de esta obra al comentar el art. 811. Y debemos añadir que nuestra opinion tiene también apoyo en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. Recientemente se ha dictado la sentencia de 21 de Noviembre de 1902, que se relaciona con esta cuestión, y aunque creemos que va más allá de donde procede, admite desde luego la aplicación de la reserva á toda clase de bienes y la sustitución en el más exagerado sentido.

Según resulta sustancialmente de dicha sentencia, un descendiente, hijo único, heredó á su madre, cuyo caudal consistía en la dote que había aportado al matrimonio, por valor de 37.500 pesetas en metálico, y créditos que cobró el marido. Este, á cuya patria potestad estaba sujeto aquél, siguió en posesión de todos los bienes, y falleció sin haber liquidado la sociedad de gananciales ni designado bienes para el pago de la dote, y le heredó el mismo descendiente, confundiéndose en él las herencias paterna y materna sin liquidar. Poco después falleció sin testamento aquel descendiente, heredándole su abuela materna, la cual se apoderó de todos los bienes sin determinar su procedencia ni asegurar los reservables; y, fallecida también la abuela, los bienes pasaron á los herederos de la misma, como si fuesen de su pleno dominio, realizándose precisamente lo que se había querido evitar con la reserva especial del art. 811.

Así las cosas, una hermana de la madre, que reunía las condiciones determinadas en dicho artículo, fundándose en el mismo, reclamó judicialmente los bienes que aquel descendiente había heredado de su madre por título lucrativo, consistentes en la dote en metálico y en la mitad de gananciales, previa la liqui-

dación de éstos, y que la abuela debió reservar para los parientes dentro del tercer grado de la línea materna, de donde procedían esos bienes. La parte demandada se opuso, fundándose en que los bienes no tenían cualidad de reservables, por no existir el metálico ni estar designados los que habrían de sustituirlo, y en que había quedado extinguida por confusión de derechos la obligación de la reserva, conforme al art. 1192, desde que se reunieron en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor, en cuyo caso se hallaba aquel hijo ó descendiente por haber concurrido en él las herencias de su madre y de su padre, sin haberlas aceptado con beneficio de inventario. La Audiencia, confirmando la sentencia del juez inferior, absolvió de la demanda, y el Tribunal Supremo casó esa sentencia, por haberse infringido el art. 811 del Código civil por inaplicación, y el 1192 por aplicación indebida.

En los considerandos de dicha sentencia se establece la doctrina de que, justificados los hechos, y que en el demandante concurren las circunstancias prevenidas por el art. 811, «se impone la necesidad legal de aplicar este artículo, adjudicándole dichos bienes, ora estén representados por cosas específicamente determinadas, ora por créditos que en el concepto jurídico, y por la generalidad con que se expresa el antedicho artículo, no pueden dejar de ser tenidos como bienes»; que siendo diferentes los conceptos jurídicos de los artículos 811 y 1192, éste no pone obstáculo á la aplicación de aquél, y que «el art. 811 no puede interpretarse de manera que dé lugar á que se haga imposible, por medio de cualquier transferencia, la efectividad de los preceptos que contiene».

Mucho puede decirse de la doctrina contenida en esta sentencia, cuyo caso es algo más complicado de lo que resulta del extracto que hemos hecho, pues sólo hemos tratado de exponer lo que pudiera interesar á la cuestión que nos ha ocupado. En la sección doctrinal de los tomos de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, correspondientes al año anterior 1905, estudian dicha cuestión los Sres. Morell y Calderón, Registradores de

Almansa y del Ferrol. Nosotros habremos de citar nuevamente en el comentario de este artículo la citada sentencia de 21 de Noviembre de 1902, y estudiar su doctrina desde otro punto de vista, así como tendremos que ocuparnos en el comentario del artículo 1192.

No existiendo ya los mismos bienes que debieron reservarse y habiendo derecho á ellos, puede y debe hacerse el pago con otros de la herencia del obligado á reservar, pues no hay herencia hasta hallarse cumplidas todas las obligaciones del causante. (Sentencia de 30 de Abril de 1906.)

D) *Cómo se especifican ó determinan los bienes que han de ser objeto de la reserva.*—La exposición de la doctrina legal, respecto á los bienes, es relativamente sencilla; mas al ser aplicada en la práctica, se presentan, además de la expuesta, otras dificultades. En efecto; en la herencia del descendiente habrá muchas veces bienes de la expresada procedencia y bienes que tengan distinto origen ó carácter de adquisición, bienes troncales y bienes no troncales, y no siempre, en la sucesión testada, se determinarán los que constituyen la legítima del ascendiente y los que pertenecen á la porción libre. ¿Puede, por otra parte, estimarse válida y eficaz esa determinación?

Q. Mucius es el único autor que hemos visto se ocupe de este aspecto práctico de la cuestión, al que dedica un extenso estudio.

En la sucesión *intestada* no hay dificultad alguna. Todos los bienes del descendiente corresponden al ascendiente como heredero, y entre ellos todos aquellos que el descendiente hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, son reservables. En la sucesión *testada* pueden ocurrir varios casos.

PRIMER CASO.—*El ascendiente legitimario adquiere por testamento y sin determinación alguna todos los bienes del ascendiente.*

Este caso es bastante frecuente: un hijo instituye herederos universales á sus padres. La mitad de los bienes pertenece al ascendiente ó á los descendientes por su legítima, y la otra mi-

tad por voluntad del testador. Si todos los bienes heredados tienen la procedencia indicada ó no la tienen ningunos, no hay cuestión. Si hay bienes de distintas procedencias, ¿dentro de qué límite debe establecerse la reserva? Dos criterios pueden seguirse, como expresa el citado comentarista.

Es uno de ellos, sujetar á la reserva todos los bienes procedentes por título lucrativo del otro ascendiente ó hermano que quepan en la mitad del caudal que como legítima corresponde al ascendiente obligado á reservar. A esto se llama *reserva máxima.*

Es el otro criterio el que pudiéramos llamar *proporcional.* Puesto que la mitad del caudal es legítima y la otra mitad porción libre, todos los bienes existentes deben estimarse adquiridos, la mitad por ministerio de la ley, y la otra mitad por voluntad del descendiente. En tal supuesto, sólo deberá reservarse la mitad de los bienes de procedencia familiar, considerando como adquirida libremente la otra mitad. A esto se llama *reserva mínima.*

El primer criterio tiende á ampliar el espíritu del art. 811, condenando á la traba de la reserva la mayor cantidad posible de bienes: cumple mejor el propósito del legislador, y tal vez hubiera sido el preferido si se hubiese prevenido esta cuestión y dado el debido desarrollo á la doctrina del artículo. Pero tal como éste se halla redactado, el segundo criterio es desde luego más aceptable.

En efecto; dado el silencio de la ley en este punto, hay que acudir á las reglas generales de la sucesión, y con arreglo á ellas, el segundo criterio es mucho más lógico, y tan absurdo parece que el ascendiente pueda con entera libertad considerar como libres toda la parte de bienes de procedencia familiar ó la mayor cantidad posible de ellos, como que se le obligue á reservar todos los bienes de esa procedencia que adquiera, ó todo cuanto quepa en la porción legítima. Dada la indeterminación en la adquisición, no puede dudarse que en todos los bienes adquiridos corresponde al ascendiente una mitad por legítima, y la otra mitad por voluntad del testador, y si esto es así, ni cabe librar

de la reserva todos los bienes, ni sujetarlos todos, sino establecerla en la misma proporción en que con arreglo á la ley son adquiridos.

La adjudicación de los bienes tiene que hacerse, según nuestra opinión, en esa forma.

SEGUNDO CASO.—*El descendiente, sin determinación alguna respecto á los bienes, instituye heredero á su ascendiente de la mitad de sus bienes y de la otra mitad á un extraño ó á distinta persona.*

Este caso es idéntico en esencia al anterior, y debe dominar el mismo criterio. Los contadores, al realizar la partición, deben sujetarse á la indicada norma. No son árbitros para proceder de otro modo: primero, porque quebrantarían el precepto legal, según el cual sólo *la mitad* de toda clase de bienes de la herencia constituye la legítima; y segundo, porque se abriría camino á la mala fe. Una vez realizada la adjudicación, distinguiendo conceptos en su caso, el ascendiente ha de reservar cuantos bienes de procedencia familiar le resulten adjudicados por su legítima.

TERCER CASO.—*El descendiente realiza por sí mismo la partición de sus bienes, ó determina los objetos legados á extraños, como mitad ó parte de la mitad de libre disposición.*

Este caso es completamente distinto á los anteriores. Hay bienes de procedencia familiar y bienes libres, digámoslo así, y hay legítima en favor del ascendiente; pero falta la determinación. Se conocen los bienes que el testador señala para pago de la legítima y para pago de la parte libre, ó al menos aquellos en que consisten los legados, y por tanto, si la voluntad del testador ha de llevarse á efecto, si debe prevalecer, la cuestión es muy sencilla. El ascendiente sólo reservará los bienes de la línea respectiva comprendidos determinadamente en su legítima; y en el caso de haber indeterminación en parte, se forma un cuerpo con todos los que no resulten legados ó dejados á extraños, y dentro de ese cuerpo se consideran reservables la mitad de los bienes que existan de procedencia familiar, y adquiridos libremente la otra mitad.

Pero todo esto es bajo la base de que haya de prevalecer la

voluntad del descendiente, ó lo que es lo mismo, aquí la cuestión está en si el descendiente puede válidamente disponer con libertad de todos los bienes de su pertenencia y distribuirlos á su arbitrio, ó si ha de respetar el precepto del art. 811, viéndose su libertad limitada en cuanto á los bienes de procedencia familiar.

El descendiente es dueño de todos los bienes, cualquiera que sea su procedencia, puesto que los adquiere sin limitación alguna. La traba, la reserva, empieza cuando son adquiridos por el ascendiente legitimario; pero antes de este momento, lo repetimos, los bienes son libres y el descendiente puede disponer de ellos con libertad.

Toda disposición por actos entre vivos no puede menos de concedérsele: por título oneroso, en absoluto; por título lucrativo, con arreglo al art. 636, ó respetando los derechos de los legitimarios. Toda disposición por actos de última voluntad, le es también permitida con la misma limitación. Si, pues, queda un ascendiente con derecho á legítima, ni por actos lucrativos intervivos, ni *mortis causa*, puede privarle de la mitad del caudal; pero respetando esa mitad abstracta, su poder de disposición es absoluto. ¿Qué precepto le impide distribuir en legados la otra mitad de sus bienes, determinando los objetos que quiere legar? Si para él todos los bienes son iguales, porque en él aun no hay que distinguir respecto á la procedencia, ¿por qué limitar su derecho obligándole á dejar á su ascendiente precisamente bienes de procedencia familiar? No es posible apoyarse en el art. 811, primero, porque éste sólo impone limitación *al ascendiente* y respecto á los bienes que *hubiese adquirido* por ministerio de la ley, lo que prueba que antes de su adquisición no existe traba de ninguna especie que haga relación á dicho artículo, y segundo, porque sería hacer fundamento de la cuestión lo mismo que necesita probarse.

De igual modo, el art. 1056 concede á todo testador el derecho de hacer por acto entre vivos ó por última voluntad la partición de sus bienes, debiendo pasarse por ella, siempre que

no perjudique la legítima de los herederos forzosos. De aquí se desprende que si al hacer el descendiente la partición de sus bienes, no priva al ascendiente de la mitad que por legítima le corresponde, ha de pasarse por ella, asigne bienes libres, digámoslo así, ó bienes de procedencia familiar. Para no ser así, sería preciso que los parientes lineales fuesen considerados en el Código como herederos forzosos, y esta es, indudablemente, la clave de la cuestión.

Hemos examinado detenidamente el Código y con especialidad el art. 811, y estamos convencidos de que no hay tal cosa: los parientes lineales á que dicho artículo se refiere, no son herederos forzosos, no tienen derecho á legítima.

En primer lugar, no aparecen enumerados como tales herederos en el art. 807, y si bien dicho artículo omite á los hijos legitimados, esta omisión se halla salvada por otros artículos del Código, pudiendo decirse que virtualmente se hallan incluídos, como asimilados respectivamente á los hijos legítimos ó á los hijos naturales. Mas la omisión en dicho artículo de los parientes lineales dentro del tercer grado, personas sin vínculo alguno de asimilación con los demás legitimarios, á quienes en el Código se concede un derecho nuevo y anormal, sería inconcebible, y esto mismo confirma que no les da ni tienen el carácter de legitimarios.

En segundo lugar, el art. 811 impone una obligación al ascendiente, la de reservar; y concede un derecho á los parientes, el de adquirir en su día los bienes reservados; pero es claro que la efectividad de ese derecho sólo pueden exigirla, respecto al obligado por la ley, el ascendiente ó sus herederos. Entre los parientes y el descendiente no hay más lazo que el del parentesco; aquéllos no pueden exigir de éste nada, porque otra cosa equivaldría á imponer también la reserva al descendiente, lo cual es contrario al texto de la ley, sin que valga invocar su espíritu, porque cuando las palabras de la ley tienen un sentido claro y evidente, apelar á su espíritu para que resulte lo contrario es violentar el precepto legal. Ahora bien: en toda legí-

tima la limitación se impone directamente al dueño de los bienes en favor de los herederos forzosos; se establece la relación inmediata entre unos y otros, y como aquí no existe, los parientes podrán considerarse legitimarios respecto al ascendiente que forzosamente ha de guardar para ellos los bienes, no respecto al descendiente que con ellos no tiene legalmente obligación algun que cumplir.

Por último, todo legitimario tiene derecho á su legítima siempre, á pesar de la voluntad del dueño de los bienes, por el hecho de su existencia, medien ó no otros legitimarios no preferentes, y con mayor razón si solamente ellos son los herederos forzosos. Con los parientes no ocurre eso. Si no hay otros legitimarios de los enumerados real ó virtualmente en el art. 807, el descendiente instituye libremente un heredero, y éste sea un pariente de la misma línea ó de otra, ó un extraño, no tiene obligación de reservar. Lo mismo ocurre en la sucesión intestada: un medio hermano de distinta línea á la de los bienes y sus hijos (artículos 950 y 951) excluye á los parientes lineales sin obligación alguna de guardarles nada. Sólo cuando hereda un ascendiente por ministerio de la ley, hay reserva y tienen esos parientes derecho á los bienes de su línea. ¿Es esto concebible? ¿Cabe que un legitimario pueda ser privado de su legítima por el dueño de los bienes, y aun por la misma ley que quiere suponerse que les concede esa legítima? Pues si pueden ser privados de ella, no hay más remedio que deducir que los parientes no son legitimarios.

Y es claro que si no lo son, el descendiente puede distribuir á su arbitrio los bienes que adquirió por título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano, bien en legados, bien al hacer por sí mismo, con arreglo al art. 1056, la partición de su herencia.

No admitimos que esta conclusión sea contraria al espíritu del art. 811. Este quiere, sí, que los bienes vuelvan á su línea, que no pasen á manos extrañas; pero, ¿cuándo?, cuando bienes familiares pasan á un ascendiente, lógicamente de línea distinta, no cuando no han llegado á pasar á ese ascendiente, porque an-

tes su dueño legítimo dispuso de ellos, transmitiéndolos á una línea extraña y quitándoles el carácter de familiares. Si no pasan al ascendiente en la sucesión legítima á favor de éste, no existen bienes de los expresados en el art. 811, y no hay obligación de reservar, ni, por tanto, derecho alguno en los parientes. El espíritu que informa dicho artículo ha de cumplirse, pero precisamente dentro del círculo trazado al efecto por el legislador, nunca fuera de él.

IV.—Vida de la reserva.

A) *Nacimiento de la reserva.*—En vista de las ideas expuestas, puede afirmarse que en el art. 811 todo gira alrededor del descendiente de cuya sucesión se trata. Al ocurrir su fallecimiento, y nunca antes, *nace* la reserva; pero para que se entienda nacida se necesita la concurrencia de tres condiciones: 1.ª, la existencia de un ascendiente á quien corresponda legítima, ó la herencia intestada en la sucesión *del descendiente;* 2.ª, la existencia en esa sucesión de bienes adquiridos por el *descendiente* en virtud de título lucrativo de un ascendiente ó de un hermano; 3.ª, la existencia de parientes *del descendiente* dentro del tercer grado y de la línea de donde los bienes proceden.

Con la *primera* condición, el legislador separa al ascendiente legitimario de todo otro ascendiente y de toda otra persona. Si no quedan ascendientes ó renuncian la herencia, no nace la reserva; si quedan ascendientes, pero no les corresponde la legítima ó la sucesión intestada, por haber descendientes ó estar desheredados, tampoco nace la reserva. Si quedan varios ascendientes, sólo los designados por la ley para suceder en la legítima ó en toda la herencia tendrán obligación de reservar.

En la *segunda* condición, el legislador separa los bienes que el ascendiente adquiere del descendiente en dos grupos: bienes adquiridos por dicho descendiente en virtud de título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, y bienes adquiridos por el descendiente con su trabajo ó industria por título oneroso ó por

título lucrativo de otras personas distintas al hermano ó ascendiente. Si no existen bienes de aquella procedencia, no nace la reserva.

Con la *tercera* condición, el legislador separa los parientes del descendiente en dos grupos con arreglo á la línea á que corresponden; parientes de la línea de que proceden los bienes y parientes de la otra línea de la que los bienes no proceden. Si no existen parientes de aquella línea dentro del tercer grado, la reserva tampoco nace ni puede nacer después.

Para el nacimiento de la reserva es preciso que concurran conjuntamente las tres expresadas condiciones. Faltando cualquiera de ellas, la reserva no llega á existir.

B) *Derechos y obligaciones creados por la reserva.*—1.º *Derechos y obligaciones al nacer la reserva.*—La reserva del art. 811 necesita, ante todo, medios eficaces de subsistencia. No puede abandonarse á sí misma, concediendo á los parientes un derecho á los bienes en abstracto y sin garantía para que llegue á ser una verdad, porque en tal caso el art. 811 llegaría á ser letra muerta, ú originaría más tarde un semillero de cuestiones judiciales innecesarias y de difícil solución. De aquí que desde el momento de nacer la reserva, deba producir ya un derecho en los parientes á que se les asegure la entrega en su día de los bienes ó de su valor, y la obligación correlativa en el ascendiente.

En esta materia, la Dirección general de los Registros, en Resolución de 5 de Enero de 1893, sentó la doctrina de que la reserva del art. 811 es *legal*, y no exige, por tanto, que el ascendiente la constituya de un modo expreso, ni inscripción ni declaración especial á nombre de las personas favorecidas por ella, bastando que conste en el Registro la procedencia de los bienes.

Esta doctrina de la Dirección es, á nuestro juicio, en primer término peligrosa, aun refiriéndola solamente á bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, y en segundo término, contraria al criterio legal.

Es peligrosa, porque lejos de ayudar á la vida de la reserva,

ayuda á su desaparición, prefiriendo la confusión á la claridad. Difícil por sí misma la materia, ignorantes el Registrador y los terceros de si existen ó no parientes lineales, y por tanto reserva legal, facilitando la inscripción de los bienes sin limitaciones determinadas y la enajenación de los mismos como libres, ó al menos como envueltos en una atmósfera dudosa, si por una parte se trabaja para hacer cada vez más difícil toda reclamación de los parientes, no se favorece por otra el crédito territorial, que quiere claridad y no ambigüedad, determinación y no confusión, especialidad y no generalidad.

Es además contraria dicha resolución al criterio seguido por los legisladores, porque la ley Hipotecaria primero y el Código civil después, no creyeron que por ser *legal* la reserva establecida en favor de los hijos y descendientes con motivo de unas segundas nupcias, bastaba establecerla, sin medios de vida y garantía, y exigieron que se hiciese constar por medio de un expediente especial, y que se inscribiese la limitación en el Registro y que se constituyese hipoteca.

Con relación á los bienes muebles, el peligro para los parientes es aún mayor.

Comprendiéndolo así, la ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar estableció en el núm. 2.º del art. 168 hipoteca legal en favor de los parientes, á que se refiere el art. 811 del Código civil, por los bienes que declara reservables, sobre los del obligado á reservarlos, añadiendo en el art. 199: «La hipoteca especial para garantir la reserva establecida por el art. 811 del Código civil, sólo podrán exigirla los parientes á cuyo favor se han de reservar los bienes, si fueren mayores de edad; si fueren menores, la exigirán en su nombre los que deban representarlos legalmente. En ambos casos se asegurará el derecho de las personas á cuyo favor deban reservarse los bienes, con los mismos requitos expresados en los artículos anteriores, entendiéndose con el obligado á reservar lo dispuesto con relación al padre.»

El Tribunal Supremo tampoco ha creído conveniente aceptar la doctrina de la Dirección general de los Registros, como lo

prueban las sentencias de 8 de Noviembre de 1894 y 30 de Diciembre de 1897.

En la primera se lee el siguiente considerando: «Que si bien las disposiciones de los artículos 977 y 978 del Código civil, encaminadas á la seguridad de los bienes reservables, se refieren especialmente á los viudos que contraen segundas ó ulteriores nupcias, no por esto dejan de ser aplicables á la reserva establecida en el art. 811, porque, aparte la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga á entenderlo así la importante y decisiva circunstancia de que dichas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de las comunes á las herencias por testamento y sin él, y porque en el art. 968, que encabeza la sección que trata en general de los bienes sujetos á reserva, se hace referencia á la impuesta en el art. 811, y sería consiguientemente contradictoria de la razón de la ley y del carácter común de las referidas disposiciones no estimarlas aplicables á la expresada reserva.»

La segunda sentencia repite la misma doctrina por idénticos fundamentos.

Los bienes son reservables, en el caso del art. 811, desde el momento en que se adquieren por el ascendiente. El expediente para hacer constar la reserva, á que se refiere el art. 194 de la ley Hipotecaria, deberá, pues, empezar á formarse en el término de noventa días, á contar desde la adquisición de los bienes. No prestándose á ello el ascendiente, podrán, por analogía, reclamar la formación del expediente y la constitución de la hipoteca, los parientes mismos si son mayores de edad, ó sus representantes legítimos si son menores.

Con arreglo á los artículos 977 y 978, que se consideran aplicables, deberá hacerse inventario de los bienes reservables, tasarse los muebles y ponerse, respecto á los inmuebles, nota expresiva de su calidad al margen de las inscripciones de dominio respectivas en el Registro de la propiedad.

La hipoteca se constituirá por el valor de los muebles y para responder de los deterioros causados por culpa ó dolo del ascen-

diente, y asegurará los derechos de las personas á cuyo favor se establece la reserva, cualquiera que sea su parentesco, ascendientes ó colaterales, porque se constituirá en garantía de los bienes reservables, ya pertenezcan en su día á unos ú otros de los parientes dentro del tercer grado, y por tanto, en favor de una clase, y no de determinadas personas.

No determinados en su debido tiempo los bienes sujetos á la reserva del artículo 811, los parientes lineales dentro del tercer grado, tienen derecho, al ocurrir el fallecimiento del ascendiente reservista, á exigir que se determinen, promoviendo, caso necesario para ello, la testamentaría ó abintestato por muerte de ese ascendiente (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1905).

2.° *Derechos y obligaciones durante la existencia de la reserva.*— En todo el período que media desde la constitución en legal forma de la reserva hasta su extinción, los parientes dentro del tercer grado, una vez asegurado el derecho que en su día les pueda corresponder, sólo tienen una esperanza, y por tanto, no tienen ni aun la facultad de transmitir esa esperanza á sus herederos.

El ascendiente es en primer término un usufructuario, que deberá usar ó disfrutar las cosas según su naturaleza, en el modo y forma ya detallados al comentar los artículos del Código referentes al uso y al usufructo.

Pero como además de ser usufructuario, es, aunque condicionalmente, nudo propietario de los bienes, puede disponer de ellos del modo establecido en los artículos 974 al 976 del mismo Código. Dudóse también respecto á este particular, pero la Dirección general de los Registros declaró, en Resolución de 25 de Junio de 1892, que los artículos 974 y 975, que son aplicables por analogía, ya que se refieren á bienes reservables, muestran de un modo clarísimo el criterio del legislador en esta cuestión, y no deben ser más privilegiados los parientes dentro del tercer grado en la reserva del art. 811, que los hijos en la reserva del art. 97), y principalmente, porque la reserva implica una condición resolutoria, y los bienes sujetos á esas condiciones pue-

den válidamente enajenarse, con arreglo al art. 109 de la ley Hipotecaria, quedando la enajenación pendiente del cumplimiento de la condición.

Las enajenaciones de los bienes muebles serán, pues, siempre válidas, salvo la obligación de indemnizar su precio ó valor. Las de los inmuebles son válidas, sólo condicionalmente, esto es, tendrán eficacia, si á la muerte del ascendiente no quedan parientes con derecho á reserva, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria. Nos referimos al comentario de los citados artículos.

Resulta, pues, como decía en su obra expresada el Sr. Alonso Martínez, que el ascendiente viene á ser un usufructuario de *la finca* troncal, puesto que la enajenación condicional que se le permite, equivale á la enajenación del usufructo consentida por el art. 480 del Código, si la condición se cumple, esto es, si quedan parientes. No sucede así respecto á los bienes muebles; pero admitida la identidad de preceptos para la reserva del artículo 811 y la del 968, hay que admitir la validez de esas enajenaciones de bienes muebles, con arreglo al art. 976.

Cuando no consta expresamente en el Registro que los bienes estén sujetos á reserva, el tercero que los adquiere é inscribe, no tiene obligación de restituirlos, con arreglo á la doctrina de los arts. 34, 36 y 37 de la ley Hipotecaria (Resolución de la Dirección de los Registros de 20 de Diciembre de 1904).

Poco se armoniza esta doctrina con la de la Resolución de 5 de Enero de 1893, que hemos examinado antes al tratar de los derechos y obligaciones que existen al nacer la reserva. Es claro que lo establecido en la de 20 de Diciembre de 1904, nos parece estrictamente legal, pero si tal ha de ser el resultado de no hacerse constar explícitamente en el Registro que los bienes se hallan sujetos á reserva, es evidente que esa expresión es para los parientes dentro del tercer grado, esencialísima, sin que pueda sostenerse, que por ser legal la reserva, no exige inscripción ni declaración expresa alguna, ni constitución en debida forma.

3.º *Derechos y obligaciones á la terminación de la reserva.*—Si quedan parientes lineales dentro del tercer grado, tienen derecho á pedir los bienes reservables ó su valor, exigiendo, en su caso, la efectividad contra las fincas ó derechos hipotecados, y reclamando la resolución de los actos de enajenación condicional de inmuebles realizados por el ascendiente.

Si no quedan parientes dentro del tercer grado, los bienes quedan libres, y los que de ellos se conserven, pasan á los herederos voluntarios ó legítimos del ascendiente reservista.

Si los bienes sujetos á reserva no se determinaron á su tiempo, tienen derecho los parientes á exigir que se determinen, promoviendo, caso necesario para ello, el juicio de testamentaría ó abintestato por muerte del ascendiente, según reconoce y declara la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1905.

De la doctrina de esta sentencia, y principalmente de la contenida en la de 21 de Noviembre de 1902, nace una cuestión, cuyo examen más oportuno corresponde á este lugar. ¿En qué concepto adquieren los parientes dentro del tercer grado los bienes reservables al extinguirse la reserva? ¿Vienen á ser herederos del descendiente que por su muerte la motivó, ó simples legatarios ó adquirentes por título excepcional y especialísimo?

En la sentencia de 21 de Noviembre de 1902 se lee el siguiente considerando: «Los bienes que reclama la demandante no los pide como heredera de su sobrina (la descendiente cuya muerte motivó la reserva), ni por concepto que le atribuya el carácter de sucesora en las obligaciones expresas ó tácitas contraídas por ella, sino en consideración al derecho que le concede el art. 811 del Código civil.»

Parece desprenderse de estas palabras que el pariente que reclama los bienes reservables adquiere de un modo especial y extraordinario, no parecido á ningún otro, y no es desde luego ni un heredero ni un sucesor en obligaciones de ninguna clase.

Esta doctrina es insostenible. El pariente adquiere bienes que pertenecían al descendiente, es evidentemente un sucesor,

y un sucesor por título lucrativo y por causa de muerte. Pero, ¿es un sucesor á título universal ó singular? ¿Debe ser considerado como heredero ó como legatario legítimo, digámoslo así, del descendiente á quien sucede?

En general, cuando existe testamento, no pueden dejar de tomarse en cuenta las palabras empleadas por el testador, porque si éste claramente lega el tercio ó la mitad ó una parte aún mayor de sus bienes á una persona, ó le asigna bienes de determinada procedencia, y en el resto instituye heredero á otra distinta, aquél ha de entenderse sucesor á título singular y éste sucesor á título universal. Pero cuando no existe testamento ó se trata de designaciones hechas en abstracto por la ley para la sucesión de una persona, como criterio diferencial sólo cabe aplicar el precepto del art. 768, y aun eso partiendo de la base de que la ley designe legatarios en algún caso ó existan legados fuera de la sucesión testamentaria, base que también es muy problemática.

Pero, en fin, dado ese supuesto poco seguro, podrá considerarse como legatario forzoso ó legítimo aquella persona á quien la ley asigne en la sucesión una cosa cierta y determinada de las que constituyan la herencia del causante. Si asigna una parte alícuota de la herencia, como ocurre en general, ó una porción de ella que ha de determinarse con posterioridad, por razón de su procedencia ú otro motivo, para nosotros no existe duda alguna de que se trata de sucesores á título universal. Bajo cierto aspecto, los bienes de la herencia procedentes de una línea son bienes determinados, como, extremando la interpretación, cosa determinada es toda la herencia ó cualquier porción señalada de ella. Pero ya dijimos en su lugar que el art. 768 no puede interpretarse de ese modo, porque conduciría á un absurdo y á quitar toda fijeza y sentido á la regla marcada por el legislador. Cabe en el art. 812, que habla de cosas y objetos señalados, dar al ascendiente donante el carácter de legatario forzoso, y aun eso es algo discutible. No cabe en el texto del art. 811 deducir que lo que la ley concede á los parientes es una cosa cierta y de-

terminada, en el sentido vulgar, natural, y fácilmente comprensible que da á esa frase el art. 768.

En la inmensa mayoría de los casos, á los efectos del artículo 811, eso que pudiera llamarse cosa cierta y determinada constituye toda la herencia del descendiente que, en definitiva, debe íntegra pasar á los parientes dentro del tercer grado, como que lo normal y ordinario es que se trate de la sucesión de descendientes fallecidos en la menor edad, sin testamento y sin más bienes que los que procedan por título lucrativo de un ascendiente. Cuando así no ocurra, los bienes reservables han de especificarse después de la muerte del descendiente y han de representar una parte alícuota de su sucesión, la parte que por legítima corresponda al ascendiente ó la parte que represente en la herencia, lo que procede de título lucrativo, en relación con lo que se hubiese podido adquirir por título oneroso ó de personas que no sean hermanos ó ascendientes.

La ley, en el art. 811, cuando hay bienes de distinta procedencia, lo que hace es separar dos sucesiones distintas, por creer que deben ser diferentes los herederos de la una de los de la otra, ó dividir una sucesión en dos porciones independientes, tan determinada la primera como la segunda, y designar como herederos condicionales en los bienes de una de las procedencias á los parientes dentro del tercer grado del descendiente fallecido. El ascendiente intermediario, al quedar esos parientes es respecto de esa sucesión ó de esa parte de ella, sólo un heredero usufructuario con ciertas facultades condicionales, pero nada más.

Pondremos dos ejemplos que evidenciarán la diferencia de conceptos:

1.º A., descendiente, fallece sin testar, dejando 80.000 pesetas en bienes diversos, de los que 30.000 pesetas proceden de la herencia de su madre C., y 50.000 de compras realizadas por el mismo. Le hereda su padre B., con la obligación de reservar para los parientes, dentro del tercer grado, las 30.000 pesetas procedentes de la madre. Las deudas de la sucesión de A. ascienden á 20.000 pesetas. Si los parientes son meros legatarios,

deben recibir íntegras las expresadas 30.000 pesetas, porque la ley les concede ese derecho sin limitación ni deducción alguna. B , que es el sucesor á título universal, pagará las deudas á cargo de los bienes de procedencia no familiar. Pero si esos parientes son herederos, la solución tiene que ser distinta: las deudas deberán sufrirse proporcionalmente por ellos y por B., y lo mismo ocurriría si quisiera considerárseles legatarios de parte alícuota; palabras vanas que equivaldrían á aceptar que los parientes son verdaderos herederos. Suponemos aquí que las deudas arrancan de la gestión del mismo descendiente.

2.° B , padre de A., fallece dejando varias fincas, que hereda el hijo, quien después hereda también á su madre C. Al morir el descendiente A. sus bienes pasan, con la obligación de la reserva, á la abuela materna D. Fallece ésta al poco tiempo, y E., hermana del padre, reclama y obtiene las fincas procedentes de la herencia de B. Este es el caso de la sentencia de 21 de Noviembre de 1902. En esta situación resulta un crédito contra B. á favor de un tercero. ¿De quién reclama éste la efectividad de su derecho, de la hermana E., ó de los herederos de la abuela D.? Si ésta fué la única sucesora á título universal de A., y es E. una simple legataria de cosa determinada, evidentemente debe reclamar á dichos herederos de D.; aquélla sólo sufrirá las cargas que determinadamente afecten á las fincas reservables, censos, hipotecas, servidumbres, etc., pero nada más. Ahora bien: si admitimos que E. es una heredera, y que la ley, al establecer la reserva del art. 811, separa en la sucesión de A. lo que procedía, dentro de sus bienes, de su padre B., de lo que procedía de C., evidentemente ese crédito debe ser pagado por E., como si la deuda afectase á la sucesión de C., debía pagarse exclusivamente por los herederos de D., y si fuese especial del descendiente afectaría á unos y otros sucesores en proporción á su participación en el caudal relicto. Esto es lo justo y esto es también lo legal. Nada de anomalías ni excepciones injustificadas. Con los derechos van las obligaciones ó cargas de la sucesión que se defiere.

Confirma esta solución el art. 938 del Código, y la imposibilidad de aplicar al caso, á pesar de existir siempre legítima, las reglas relativas á los legados, y sobre todo á su reducción ó anulación, y viene á reconocerse la misma verdad en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1905, que permite á los parientes promover el juicio de testamentaría, pues sólo pueden ostentar ese derecho en concepto de herederos, ya que, como hemos dicho, en la sucesión legítima no existen legatarios de parte alícuota, ni á nada útil ni nuevo conduciría su admisión.

C) *Extinción de la reserva.*—Las mismas condiciones exigidas para el nacimiento de la reserva son necesarias para su existencia. Al faltar una de ellas, la reserva muere. Tres son, por tanto, las principales causas de extinción:

1.ª *Muerte del ascendiente.*—Sea el que quiera el destino definitivo de los bienes, en virtud de la naturaleza condicional de los derechos que crea el art. 811, es lo cierto que la reserva, como tal, una vez nacida, acompaña al ascendiente obligado á ella hasta su muerte. Muerto el ascendiente, cesa toda obligación de reservar; falta el sujeto pasivo de la reserva.

2.ª *Muerte de los parientes lineales dentro del tercer grado.*—La reserva del art. 811 se ha creado en favor de los parientes expresados exclusivamente; al faltar esos parientes, no hay personas que puedan alegar derecho á los bienes reservables. La muerte de los reservatarios puede ocurrir en cualquier tiempo; pero para que produzca el efecto de extinguir la reserva, es necesario que ocurra antes que la del ascendiente obligado á reservar, por cuanto la obligación de éste consiste en reservar mientras viva los bienes para aquellos parientes, y si al morir él existían éstos, á ellos pasan dichos bienes, que en eso precisamente consiste su derecho, pero si al morir el ascendiente no quedan personas con derecho á reserva, ésta ha desaparecido, ha muerto también, porque no hay legalmente línea que la reclame. Esta doctrina se contiene en el art. 971 con relación á la reserva en favor de los hijos y descendientes del primer matri-

monio, y es indudablemente aplicable á la del art. 811, porque aparte su idéntica naturaleza, no cabe otra solución. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de Diciembre de 1897.

Es también importante sobre esta materia la sentencia de 16 de Enero de 1901, de la que nos hemos ocupado anteriormente en este mismo comentario. Véase allí la cuestión sobre si el pariente con derecho á los bienes reservables, que sobrevive al reservista, transmite ese derecho á sus herederos.

3.ª *Pérdida de los bienes reservables.*—La pérdida total de la cosa puede ser también causa de extinción de la reserva. Será raro que los bienes reservables desaparezcan, pero es posible. Si consisten sólo en determinadas alhajas que fueron robadas; en el derecho de superficie sobre una casa devorada por el incendio; en varias cabezas de ganado que mueren sin culpa del ascendiente; en terrenos ó casas que desaparecen en un terremoto, etc.; no hay bienes que entregar, y muere la reserva si nada queda. En caso de incendio, expropiación, etc., á la cosa puede sustituir un equivalente, que será reservable. Ténganse presentes las disposiciones relativas á la terminación del usufructo.

La pérdida de los bienes puede consistir también en la pérdida del derecho sobre ellos, en virtud de resolución del derecho de la persona que transmitió los bienes al descendiente, como si era sólo un poseedor y los reclama y obtiene el propietario, si la transmisión se efectuó con condición resolutoria, etc.

Además de las tres causas expresadas, pueden señalarse otras que expondremos á continuación.

4.ª *Renuncia.*—La renuncia, por analogía con el art. 970, puede admitirse como otra causa; pero ha de distinguirse respecto á la época en que se hace y á las personas que renuncian. Es, en primer término, necesario que, siendo mayores de edad, renuncien todos cuantos puedan tener derecho, pues si no, cada cual sólo renunciará por su parte y sin perjuicio de los otros. Además, á la muerte del ascendiente reservista ya se determi-

nan los parientes que tienen derecho á reserva, y si ellos renuncian los bienes, quedan libres; pero antes de la muerte del ascendiente se ignora qué parientes llegarían á ser los que adquieran en su día los bienes, y como á todos ellos corresponde la posibilidad de adquirir, se sigue que la renuncia, aun hecha por todos los parientes dentro del tercer grado, que existan en una determinada época, puede no ser eficaz al efecto de extinguir la reserva, porque si después nacen otros y son éstos los acreedores á los bienes á la muerte del ascendiente, no les puede perjudicar la renuncia que hicieron los que se llevaron al sepulcro su esperanza. La renuncia del *ascendiente* á la herencia del descendiente no extingue la reserva, porque no llega á nacer, y como no media reserva, si no quedan otros ascendientes legitimarios, se abre la sucesión intestada en favor de los más próximos parientes á quienes legalmente corresponda, sean ó no de la misma línea de donde los bienes proceden.

Y 5.ª *La prescripción*, si se disfrutan como libres los bienes por los herederos del ascendiente durante el tiempo y con las condiciones marcadas por la ley.

V.—Derecho transitorio

La fecha de la muerte del descendiente determina la legislación aplicable con arreglo á la 12.ª disposición transitoria. Dos sentencias del Tribunal Supremo se han ocupado de esta materia.

En la tantas veces repetida de 8 de Noviembre de 1894 se sienta la doctrina de que, muerto el descendiente después de regir el Código, aunque la reserva recaiga sobre bienes heredados por él con anterioridad á dicha vigencia, y aunque también anteriormente mediase transacción sobre los mismos, la reserva ha de constituirse con arreglo al art. 811, pues para los efectos de las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª, ha de fundarse el derecho que se invoca en hechos nacidos bajo el régimen de la legislación anterior, y la esperanza de que puedan realizarse no equi-

vale al hecho realizado, ni la transacción versó sobre otros derechos que los de descendiente.

En la sentencia de 19 de Junio de 1897 se dice que la oblición impuesta por el art. 811 del Código civil «no puede tener efecto respecto á las sucesiones verificadas bajo el régimen de la antigua legislación de Castilla, que no reconocía este derecho de troncalidad establecido por primera vez en dicho Código, pues si bien el derecho nuevamente declarado por éste puede surtir efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verifique bajo la legislación anterior, según preceptúa la regla 1.ª de las disposiciones transitorias, es bajo la precisa condición de que no perjudique á otro derecho de igual origen, y no cabe poner en duda que el derecho adquirido y ya realizado por el ascendiente que sucedió por ministerio de la ley en los bienes de su descendiente, sin limitación ni reserva alguna, quedaría de hecho perjudicado si se diese efecto retroactivo á la citada disposición legal».

Lo mismo se repite sustancialmente en la sentencia de 28 de Diciembre de 1898.

Códigos extranjeros.—El art. 811 contiene una disposición, que no hemos encontrado en ninguno de los Códigos de otros países. Transacción entre el sistema de sucesiones de Castilla y el de las regiones en que impera el derecho foral, concesión hecha con el ansiado fin de llegar á la unidad en la legislación de la Península, dudamos que la reserva que ese artículo crea sea aceptada en ninguna otra legislación.

ARTÍCULO 812

Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos, y en el

precio si se hubieren vendido, ó en los bienes con que se hayan sustituído, si los permutó ó cambió.

I. — Precedentes

La ley 6.ª, tít. 2.°, libro 4.°, del Fuero Juzgo, disponía ya que las cosas que el descendiente hubiera recibido de sus padres ó de sus abuelos, tornasen «á sus padres ó á sus avuelos cuemo gelas dieron».

Los Fueros de Aragón admiten el mismo principio en las sucesiones *intestadas*. Si el hijo á quien se hizo la donación fallece abintestato y sin descendencia, deben ser devueltos los bienes, no á los hermanos ó á los otros parientes del difunto, sino al padre ó á la madre que les entregaron dichos bienes. Y este precepto fué extendido, en el año 1461, aun á los bienes que los hijos adquiriesen de sus padres por otro título cualquiera, compra, permuta, etc.; procedentes de los padres, debían volver á ellos, siempre que los hijos muriesen intestados y sin descendientes.

El art: 747 del Código civil francés acepta la misma doctrina en los términos siguientes: «Los ascendientes suceden, con exclusión de toda otra persona, en las cosas donadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad cuando los mismos objetos donados se encuentren en la sucesión.» «Si los objetos hubiesen sido enajenados, los ascendientes recibirán el precio que puede ser debido. También suceden en las acciones que para recobrarlos correspondiesen al donatario.»

Laurent en su anteproyecto para la reforma del Código belga, después de establecer el principio en el art. 797, añade en el 798: «La reversión tiene lugar en los bienes donados que se encuentren *en especie* en la herencia yacente. El precio de los bienes enajenados, las acciones para recobrarlos, y *los bienes adquiridos en su equivalencia*, revierten igualmente al donante.»

La Comisión Codificadora, en vista de estos antecedentes, redactó el art. 812 de nuestro Código, concediendo mayor ex-

tensión al derecho de los ascendientes que el art. 747 del Código francés; pero sin atreverse á proclamar en absoluto el principio de la sustitución, subrogación ó equivalencia de unas cosas por otras. El motivo de adoptarse esa solución intermedia, tiene, sin duda, su fundamento en las siguientes palabras del señor Alonso Martínez en su citada obra: «El principio de que los bienes donados vuelvan al donante, si se encuentran en especie en la herencia yacente, y el donatario ha muerto abintestato y sin descendencia, es á mis ojos invulnerable. Comprendo que la crítica se cebe en el último párrafo del art. 798 (del anteproyecto de Laurent), que extiende la reversión al precio de los bienes enajenados ó á los adquiridos con su importe ó por permuta de los mismos, y no ciertamente porque esta solución en teoría no sea justa, toda vez que los valores adquiridos á cambio de los donados ó con el precio de los mismos no existirían en la herencia yacente sin la donación, sino por las graves complicaciones y dificultades á que en la práctica es tan ocasionada la aplicación de este principio, si se trata de la reversión de una suma metálica. Yo por esto me limitaría al caso de que los bienes donados subsistieran *en especie* en poder del hijo ó descendiente al tiempo de su fallecimiento, ó cuando más, lo extendería á los bienes permutados.»

II.—Ideas generales

A) *Relación entre los arts. 809, 811 y 812.*—Como hemos dicho, los arts. 809 y 810 constituyen la regla general en materia de legítima de los ascendientes, y los arts. 811 y 812 son excepciones fundadas en la procedencia de los bienes, reconocimiento con ciertas limitaciones del sistema de troncalidad, aceptado por la Comisión Codificadora como medio de llegar más fácilmente algún día á la unidad legislativa.

Muerta una persona sin descendientes legítimos, la ley llama á la sucesión á los ascendientes más próximos en grado. Estos, dejando á salvo el derecho del cónyuge, y de los hijos naturales

en su caso, suceden, ya en toda la herencia (art. 935), ya en la mitad de la misma (art. 809), según que el fallecimiento ocurra sin testamento ó con él. Tal es la regla general. Sin embargo, si en la herencia del descendiente de cuya sucesión se trata, existen bienes de los expresados en los arts. 812 y 811, estos bienes tienen un destino especial. Los adquiridos en virtud de donación de un ascendiente que sobrevive, sea ó no heredero, vuelven á ese ascendiente con exclusión de toda otra persona. Los adquiridos por título lucrativo de un hermano ó de otro ascendiente que no sea el mismo heredero legitimario, ni deba recibir los bienes como donante por sobrevivir al donatario, pasan á los ascendientes á quienes corresponda la herencia intestada ó la legítima, con la obligación de reservarlos en favor de los parientes dentro del tercer grado que pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden. Al resto de la herencia se aplican los artículos 809 y 810.

Si el ascendiente que donó bienes á un descendiente sobrevive á éste, vuelven á él esos bienes; si premuere, se reservan en favor de los parientes de su línea. Esta es la relación especial entre los artículos 811 y 812.

La disposición del art 812 es también aplicable á la sucesión intestada, como expresa claramente el art. 938.

B) *Fundamento del precepto del art. 812.*—El precepto del artículo 812 se funda en la voluntad presunta del donante y en el deseo de que los bienes queden en la familia, y dentro de ella, en la línea de que proceden. El ascendiente que dona á uno de sus hijos ó nietos, ha de suponer que por razón natural, ese hijo ó ese nieto debe sobrevivirle; pero si así no ocurre, y el descendiente premuere sin dejar descendencia, los bienes donados pueden pasar á una familia extraña, ó por lo menos á una línea distinta. La ley estima con razón que en este caso es justo y conforme con la voluntad del donante que éste no sufra la doble pérdida de su hijo ó nieto y de sus bienes, que el donante quiso evidentemente premiar al donatario y á su posteridad, pero de ningún modo consentir que, viviendo él, personas más ó me-

nos extrañas disfrutasen los bienes que donó. La ley, pues, llama para suceder exclusivamente en esos bienes á la persona que reune la doble cualidad de donante y de ascendiente, con lo cual realiza un acto de justicia; justicia no empañada por sombra alguna, porque en ningún caso se perjudican los derechos adquiridos por un tercero, ni se estorba la circulación de la propiedad. No entendiéndolo así, se ha criticado acerbamente y sin razón el artículo. Nosotros acogemos con simpatía el precepto del 812.

C) *Ascendientes á quienes se refiere el art. 812.*—El artículo que nos ocupa habla de *los ascendientes* en general. Sin embargo, hay que admitir: 1.°, que sólo concede derecho á la reversión *al* ascendiente *ó á los* ascendientes que donaron bienes al descendiente de cuya sucesión se trata; 2.°, que se refiere exclusivamente á los ascendientes legítimos.

Lo primero resulta claro en el mismo artículo. «Los ascendientes suceden en las cosas dadas por ellos á sus descendientes». El ascendiente que nada les dió, en nada puede suceder. Si sólo hizo la donación un ascendiente, éste exclusivamente será el que tenga derecho á readquirir las cosas que donó. Si donaron varios, cada uno de ellos sucederá en los bienes que respectivamente les pertenecieron. Siempre vuelven los objetos al punto de su procedencia.

Para admitir con derecho á la reversión sólo á los ascendientes *legítimos*, nos fundamos en las mismas consideraciones alegadas al ocuparnos de esta cuestión en el art. 811.

D) *Naturaleza del derecho que conceda el art 812.—a) Con relación al ascendiente donante.*—¿En qué concepto adquiere el ascendiente los bienes? En primer término, aparece la idea de la reversión porque hay, en efecto, devolución de los mismos objetos á la persona de quien procedían. De aquí que pueda sostenerse que el ascendiente adquiere en concepto de donante, y que se trata simplemente de una *reversión legal*. Este derecho es el mismo que válidamente puede establecer en su favor todo donante por cualquier caso y circunstancia, con arreglo al art. 641. La diferencia consiste ó parece consistir solamente en que esa re-

versión, en el supuesto del art. 641, se establece por la voluntad de los interesados, admitiendo, como todas las manifestaciones de la voluntad, diversas modalidades, casos y circunstancias, mientras que en el supuesto del art. 812, la reversión la impone la ley para el solo caso á que se contrae. Pero bien examinada la cuestión, la especialidad de ese caso á que se contrae el artículo lleva consigo una diferencia importantísima. La reversión estipulada por las partes engendra una verdadera condición resolutoria que afecta á los bienes donados. La reversión legal, en el caso del art. 812, evita precisamente la existencia de esa condición.

Laurent, defendiendo su anteproyecto, dice sobre este particular lo siguiente: «El Código italiano suprime la reversión *legal* como inútil, toda vez que los ascendientes pueden estipular la condición de reversión de las donaciones que hacen. Es probable, en efecto, que si la reversión legal se suprimiera, la convencional llegaría á ser de costumbre. Precisamente por esta razón el anteproyecto mantiene la reversión *por título de sucesión*. La cláusula de reversión hace la donación resolutoria; de donde se deduce que todos los actos de disposición que el donatario hace, quedan rescindidos cuando la condición de reversión se cumple. Así, nada es más contrario al interés general que estas resoluciones que introducen la perturbación en las relaciones civiles...» «A causa de los graves inconvenientes que produce la condición resolutoria, han propuesto los economistas su abolición. La cuestión ha sido objeto en Francia de un debate solemne en el seno de la Cámara de los Diputados. La condición resolutoria ha sido mantenida, porque es el ejercicio legítimo del derecho de propiedad. Esto es verdad; pero al menos el legislador no debe empujar á las partes interesadas á estipular condiciones resolutorias. Así, en el caso de que se trata, el legislador tiene la elección: *manteniendo la reversión legal, evita la condición resolutoria*. Este es un motivo determinante para conservar la reversión *por título de sucesión*.»

Y esto es evidente. El ascendiente, dice el art. 812, sucede

en las cosas dadas por él si existen en la sucesión. El ascendiente es un sucesor, cuyo derecho arranca de la muerte del descendiente sin posteridad: la ley en este caso llama á suceder á ese ascendiente con exclusión de toda otra persona, porque donó, porque de él proceden los bienes, pero no en concepto de donante. La donación es la causa, el motivo de la preferencia, pero nada más. La condición tácita, legal, que parece afectar á los bienes, no estorba el carácter puro é irrevocable con que se realizó la donación. Esta produce todos sus efectos como donación pura. El ascendiente readquiere los bienes como ascendiente y á título de sucesión. De aquí que los bienes donados formen parte del haber relicto al fallecimiento del descendiente, y de aquí también que esos bienes, como todos los de la herencia, hayan de estar afectos á las deudas del causante. Ni sería justa otra solución. El ascendiente se desprendió de los objetos donados, que dejaron por tanto de ser suyos; al volver á adquirirlos por llegar el caso previsto en el art. 812, no recobra lo suyo, porque ya no era suyo; lo adquiere de nuevo por título gratuito y causa de muerte.

Admitido que el ascendiente es un sucesor, ¿tendrá el concepto de heredero ó el de legatario? Con arreglo al texto del artículo, el ascendiente parece que sucede á título particular, y que es propiamente un legatario forzoso. Es un legatario porque sucede en cosas determinadas (art. 768); es legatario forzoso, porque la ley señala su derecho exclusivo sobre los objetos donados, privando al descendiente del derecho de disponer de los mismos en su testamento. Se trata de un legado forzoso, privilegiado, y por su naturaleza especial preferente, no sólo respecto á cualquier legado voluntario, sino aun con relación á la herencia ó á la legítima de los otros ascendientes.

El art. 812 constituye, como hemos dicho, una excepción del 809: á falta de descendientes legítimos, la legítima, como la herencia intestada, se defiere á los ascendientes *más próximos*; éstos son los herederos, así como, en su caso, los designados por el testador, y éstos son los que continúan la personalidad del

causante; pero en ciertos objetos especiales la ley nombra un sucesor especial, y la especialidad en el llamamiento, así como la singularidad en los objetos transmitidos, parece indicar que no se trata de un heredero, sino más bien de un legatario forzoso, aunque tal idea, como nueva, sea reconocida ó comprendida con más dificultad.

Sin embargo de ser ésta la impresión que produce la lectura del art. 812, y á pesar de que en los casos ordinarios la admisión de ese concepto no ofrecerá complicaciones jurídicas, no debe olvidarse que claramente nunca designa legatarios la ley, que este legado especial, como forzoso, si quiere dársele á la sucesión en las cosas donadas ese carácter, no admite reducción ni anulación por perjuicio de la legítima, y que, los objetos que se donaron, como parte del caudal hereditario, responden en unión con el resto de los bienes del pasivo de la sucesión, circunstancias todas que, unidas al precepto del art. 938, parecen aconsejar que, en todo caso, se considere al ascendiente donante como un heredero en parte más ó menos reducida, pero proporcional de la sucesión.

b) *Con relación al descendiente fallecido.*—El descendiente recibió los bienes como donatario; pero si es cierto, como hemos expresado, que la donación fué pura y no condicional, su derecho sobre dichos bienes no se halla afecto á condición alguna; adquiere el dominio sin limitaciones. Es cierto que la ley determina el destino de esos bienes para el caso de premorir el donatario sin posteridad; pero obsérvese bien: la ley concede al ascendiente donante el derecho de *suceder* en las mismas cosas donadas, ó en ciertos casos en otras equivalentes, *cuando existan en la sucesión*; luego si no existen, el ascendiente no sucede en nada: lo que prueba que antes de su muerte el descendiente es un dueño verdadero y legítimo de los bienes que se le donaron.

Supone un comentarista, que el descendiente puede durante su vida enajenar ó gravar los bienes donados, pero que todos estos actos han de llevar el sello de origen, es decir, el carácter de resolutorios ó pendientes de la reversión de esos bienes al as-

cendiente; que el donatario no llega á adquirir definitiva ó irrevocablemente el dominio sino en el caso de que el ascendiente donante muera con anterioridad á él, y por tanto, que si esto no ocurre, al hecho de la reversión acompaña el fenómeno de la transformación instantánea de la naturaleza del derecho que tuvo el donatario sobre la cosa donada mientras vivió, pues de dueño se convierte en usufructuario, ó lo que es lo mismo, resulta que nunca tuvo realmente más que el usufructo.

Nada más distante de la realidad que esta opinión. Precisamente, esa gran ventaja lleva el precepto del art. 812 sobre el del 811; precisamente esa es la diferencia esencial entre la reversión voluntaria usual y la reversión legal que el primero de dichos artículos establece; aquélla lleva de ordinario consigo una condición resolutoria, ésta nunca; porque si los bienes no existen en la sucesión porque el descendiente se desprendió de ellos, no revierten al donante, lo que prueba que los actos de enajenación realizados por el descendiente no se resuelven, no llevan afecta condición resolutoria alguna. Lo único vedado al descendiente es el disponer de los bienes donados por causa de muerte ó actos de última voluntad. ¿Por qué? Porque la ley de antemano dispone que en esos bienes suceda exclusivamente el donante, ó sea por la misma razón que un padre no puede disponer sino en favor de sus descendientes de las dos terceras partes de su caudal, ó un hijo, si tiene ascendientes, no puede disponer por causa de muerte más que de la mitad de sus bienes. La ley concede una legítima especial en bienes determinados al donante: esto es todo. Si en este caso hay transformación instantánea de la naturaleza del derecho del descendiente, que de dueño se convierte en usufructuario, el mismo fenómeno podrá decirse que se observa en toda persona que tenga herederos forzosos, porque á todos impone la ley una limitación en su facultad de disponer para después de su muerte.

No hay tal transformación, ni existe la especialidad que quiere suponerse en el derecho del descendiente sobre los bienes donados. El ascendiente sucederá ó no sucederá con arreglo

á la ley, según que sobreviva ó no al donatario, y según que ésta fallezca sin posteridad ó con ella; pero el donatario durante su vida fué dueño absoluto de los bienes en que consistió la donación, tan dueño como puede serlo cualquier propietario que tiene herederos forzosos. Esta es la sola especialidad, bastante usual y ordinaria, del derecho del donatario: que los bienes donados de que no haya dispuesto en vida, los que dejó al morir, los que existan en su sucesión, pasan al donante, con exclusión de toda otra persona, ó vuelven al ascendiente de quien procedían por disposición especial de la ley, y, por tanto, quiera ó no quiera su dueño, como ocurre siempre con toda legítima.

III.—Condiciones para la aplicacion del artículo 812.

Son las tres siguientes:

A) La existencia de una donación hecha por un ascendiente á uno de sus descendientes.

B) El hecho de premorir el donatario sin posteridad.

C) Que existan en la sucesión los mismos objetos donados ó los que los sustituyeron en los casos en que la ley admite esta sustitución.

Examinaremos cada una de estas condiciones.

A) *Donación á un descendiente.*—La ley habla de cosas *dadas* por los ascendientes á sus hijos ó descendientes, y de objetos *donados*. La donación es indudablemente la base de la disposición. La ley no podía referirse á cualquier título lucrativo, por la sencilla razón de que si se tratase de bienes dejados por herencia ó legado, el ascendiente causante habría fallecido, y no podría ser llamado á suceder á ese descendiente.

Se trata solamente de transmisiones de bienes por título lucrativo que produzcan sus efectos en vida del donante transmitente, de actos ó donaciones propiamente dichas, y entre vivos.

Quedan, pues, excluídas: 1.º, las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante; 2.º, las donaciones

con causa onerosa, y las remuneratorias, salvo en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto. Se comprende que así sea respecto á las primeras, porque no puede decirse que vuelven al donante bienes que no han llegado á salir de su patrimonio; y respecto á las segundas, porque la ley atiende á la verdadera liberalidad, y de ningún modo había de llamar á la sucesión al acendiente que había ya recibido ó exigido algo equivalente á los bienes que entregó.

La donación encubierta bajo la forma de un contrato oneroso no debe disfrutar del beneficio de la ley, como tampoco el contrato oneroso llevado á efecto bajo la forma de donación.

La condonación, á pesar de su carácter gratuito y de producir sus efectos en vida del condonante, no encaja en el marco del art. 812, porque no han de existir en la sucesión los mismos objetos donados, como exige la ley. El condonante no se desprende de cosas que estén en su poder y tenga interés en que no salgan de la familia: solamente al condonar deja de adquirir.

B) *Premorir el donatario sin posteridad.*—Esta condición comprende dos extremos: 1.°, morir el descendiente antes que el ascendiente donante; 2.°, morir el descendiente sin posteridad.

1.° En cuanto al primer extremo, téngase presente lo dispuesto en el art. 33 del Código. Si el ascendiente premuriese, al fallecer el descendiente después sin posteridad se establecerá, en su caso, la reserva del art. 811.

2.° *Morir sin posteridad* quiere decir morir sin descendencia. Pero el término es tan elástico, que propiamente comprende á toda clase de descendientes legítimos ó ilegítimos. Se ha tomado del art. 747 del Código francés.

¿Admitiremos que la existencia de un hijo adulterino ó incestuoso excluya el derecho de reversión al ascendiente donante? ¿Cabe que la ley sólo conceda á esos hijos derecho á alimentos, y, sin embargo, puedan, por el sólo hecho de existir, privar al ascendiente de los bienes que donó, para que vayan á otro ascendiente ó tal vez á un heredero extraño? Esto no es concebi-

ble: la existencia ó inexistencia de tales hijos es un hecho extraño á la cuestión.

Pero si no admitimos que la palabra *posteridad* comprenda á los hijos ilegítimos no naturales, tampoco debe comprender á los naturales aun reconocidos, porque esa palabra ó se aplica en toda su extensión ó alcance, ó ha de limitarse á los descendientes legítimos. Adoptar una solución intermedia es absurdo, porque para ello no encontramos fundamento alguno ni en las palabras de la ley, ni en su espíritu, ni en las reglas generales de sucesión, con arreglo al Código. Sucede aquí, á nuestro modo de ver, una cosa análoga á lo que quedó expuesto al tratar de si los artículos 811 y 812 comprenden ó no á los ascendientes naturales. Cuando el Código no añade á las palabras hijos, descendientes, ascendientes, hermanos, posteridad, etc., el calificativo de *naturales* es que se refiere sólo á la familia legítima, y así lo prueba de un modo concluyente en el punto de que tratamos el art. 944, en el que se dice: «Si el hijo natural reconocido ó el legitimado muere sin dejar *posteridad legítima ó reconocida por él*, le sucederá por entero el padre ó madre que le reconoció.»

Pero no esto sólo. Si en la palabra «posteridad» admitimos que la existencia de un hijo natural excluye la aplicación del art. 812, sucederá algo análogo á lo dicho respecto á los otros hijos ilegítimos. Los hijos naturales tienen su legítima por gracia ó concesión especial de la ley; pero ellos no evitan que, á falta de descendientes legítimos, sucedan los ascendientes; de modo que, en último término, se arrebatarían al donante los bienes que donó en beneficio de otros ascendientes, lo cual no puede ser más opuesto al espíritu de la ley.

Hay que suponer en dicha ley un fundamento racional, y existe indudablemente. Si exige que el descendiente fallezca sin posteridad, es porque entiende que habiendo posteridad no deben suceder los ascendientes, y debe ser esa posteridad preferida en cuanto á todos los bienes, cualquiera que sea su procedencia. ¿Y qué posteridad puede ser la que la ley prefiere á los ascendientes? Desde luego la legítima. Así, la ley, entre los descen-

dientes legítimos del donatario, que son los mismos del donante, y el donante mismo, prefiere á los descendientes; entre el donante y otra cualquier persona distinta á los descendientes, prefiere al donante. Además, el ascendiente, al donar, quiere beneficiar desde luego á sus descendientes legítimos, pero solamente á éstos, y en una ley que trata de acomodarse á la presunta voluntad del donante se comprende que los descendientes legítimos excluyan al donante, mas no se comprende que le excluyan también otra clase de descendientes. Más aún: la ley, como hemos dicho, quiere en los arts. 811 y 812 amparar el patrimonio de la familia legítima, y quiere que los bienes no pasen á una línea distinta de aquélla á que pertenecieron. No pasan mientras queden en los descendientes legítimos ó en el donante; pero pasan si por admitir que los hijos naturales excluyan á éste, suceden otros ascendientes como legitimarios.

Y si se quieren más argumentos aún existen: la colocación del art. 812, complemento de los artículos anteriores 809 y 810, significa que el Código se ocupa del caso en que, por falta de descendientes legítimos, toca suceder á los ascendientes, haya ó no hijos naturales, y que su objeto es que en los bienes donados suceda el donante, sea ó no legitimario, y precisamente para el caso en que no lo sea, con preferencia á otros ascendientes.

Por último, no debe perderse de vista la íntima relación entre los arts. 811 y 812. El ascendiente que donó, premuere al descendiente, y al fallecer éste, los bienes procedentes de la donación van á otro ascendiente, pero con la obligación de reservarlos en favor de los parientes de la línea del donante, haya ó no hijos naturales (art. 811); y si el donante sobrevive, los bienes vuelven á él, como es aun más justo. Esto es todo. ¿Cabe que por haber posteridad natural, si el donante sobrevive, disfruten otros ascendientes con libertad los bienes, y si premuere, esos ascendientes tengan que reservarlos á parientes más ó menos lejanos? ¿Cabe que lo que se quiere negar al que fué dueño de los bienes, se conceda, por consideración á él, á otros parientes de su línea?

Esto no puede ser. Tenemos el convencimiento de que el artículo 812, con las palabras *sin posteridad*, no ha querido introducir ninguna novedad ni condición extraordinaria, sino que simplemente alude á las reglas generales de la sucesión, según las cuales ningún ascendiente, fuere ó no donante, sucede por ministerio de la ley, mientras existan descendientes legítimos y tengan derecho á legítima.

Desde el momento en que el descendiente muere con posteridad legítima, parece que no puede tener lugar la reversión al ascendiente de las cosas que donó. Pero hay casos en los cuales, á pesar de la letra de la ley, hay que resolver lo contrario, por resultar así claramente de su espíritu. El descendiente muere dejando un hijo legítimo, pero desheredado en virtud de una justa causa, ó bien ese hijo renuncia la herencia. En estos casos ese hijo no es heredero, y la ley llama á los ascendientes á la herencia toda ó á la legítima. En rigor, á los efectos sucesorios, no hay posteridad, es como si ese hijo no existiera; si el art. 812 no se aplicase en tales circunstancias, las cosas donadas no beneficiarían á los descendientes, pasarían tal vez á una rama extraña, que es precisamente lo que con arreglo á la presunta voluntad del donante quiere la ley evitar.

Repetimos lo dicho anteriormente. El artículo, con las palabras *sin posteridad*, no introduce ninguna condición extraordinaria; quiere que el ascendiente donante readquiera las cosas donadas, cuando por ministerio de la ley toque suceder á los ascendientes, medie ó no testamento, y sean llamados á la herencia forzosa ó á la herencia legítima, por no haber descendientes, por no tener éstos derecho á legítima, ó por repudiar la herencia; en suma, cuando los bienes donados no recaigan en esos descendientes y haya peligro de que pasen á una familia extraña, cuando no haya posteridad legalmente á los efectos sucesorios de preferencia con relación á la rama ascendente.

C) *Existencia de los bienes, ó en su caso de los que le sustituyan en la sucesión.*—Es condición indispensable en el artículo 812, que los mismos bienes donados existan en la sucesión del des-

cendiente. Como excepción de este principio admite el artículo la sustitución en dos casos especiales. En el de venta de los bienes donados, á la cosa sustituye su precio; en el de permuta ó cambio, al objeto transmitido sustituye el que en equivalencia se recibe.

El párrafo segundo del artículo está subordinado al primero. Para que el ascendiente suceda en el precio de las cosas vendidas, ó en los objetos que sustituyeron á los permutados, es indispensable que estos objetos ó aquel precio existan ó se conserven en la sucesión. No puede pretenderse que los bienes que sustituyen á los donados, sean más privilegiados que estos mismos; se necesitaría admitir una segunda sustitución, cosa que la ley no consiente.

La palabra *cambio*, se usa en el artículo como sinónima de *permuta*. Se trata de la dación en general de una cosa por otra, de la sustitución de los objetos donados, muebles, inmuebles ó derechos, por otros objetos admitidos en cambio ó equivalencia de aquéllos. Como el artículo, dado el precepto especial que contiene, ha de interpretarse en sentido restrictivo, no cabe admitir más casos de excepción que los que taxativamente se expresan.

El artículo, aparte lo relativo á las acciones, sólo habla del caso de *venta*, y del de *permuta*. Resulta que á la cosa sustituye su precio: ¿no podrá sustituir al precio la cosa? En este caso hay compra y no venta, y no es admisible la sustitución. Invertido el metálico que constituyó la donación ó formó parte de ella, en la compra de otros bienes, éstos, aunque existan en la sucesión, no revierten al donante. Puede exceptuarse el caso en que el dinero se donase precisamente para que con él se adquiriesen fincas ú otros objetos. Parece anómalo que se admita el caso de venta y no el de compra; pero el precepto es claro, y debe obedecer á evitar, en lo posible, dificultades y cuestiones en la práctica, por no ser siempre llano determinar si el metálico invertido procedía ó no de la donación.

Es más: bien examinado el artículo, hasta puede dudarse de que en la suma metálica donada suceda en caso alguno el ascen-

diente donante. Emplea el art. 812 las palabras *cosas* y *objetos*, pues aunque en su segundo párrafo habla de bienes, es refiriéndose á la permuta, en la cual es sabido que la palabra *bienes* tiene un sentido propio excluyente del dinero. Cosas—objetos—, venta de las cosas—permuta—, subsistencia de lo mismo que se donó—; parece como que el legislador atiende al sentido vulgar, según el cual, el metálico no es cosa ni objeto, aunque sirva para adquirir toda clase de objetos y de cosas. También emplea el legislador la palabra *cosas* en el mismo sentido, al definir la permuta, en el art. 1538.

Esta interpretación, que pudiera apoyarse también en las palabras del Sr. Alonso Martínez, copiadas al principio, «por las graves complicaciones y dificultades á que en la práctica es tan ocasionado el principio cuando se trata de la reversión de una suma metálica», no resulta, sin embargo, evidente ni mucho menos. El Código, en el art. 333 y siguientes, considera todas las cosas que son ó pueden ser objeto de apropiación, como *bienes*, clasificándolos en muebles ó inmuebles, fungibles y no fungibles; y en este sentido, sin duda el más propio, el metálico es cosa. *Objeto* es todo lo que puede ser apreciado por los sentidos, lo cual comprende también el metálico. Y debe suponerse que la ley usa las palabras que emplea en su sentido propio cuando no resulta evidente lo contrario, como en el caso de la permuta.

Además, el primer párrafo del art. 812 está copiado del 747 del Código francés, en el que se emplean las mismas palabras de *cosas* y *objetos;* pero en dicho Código la reversión legal procede también en otros casos, según los arts. 351 y 766, y en éste se usa la palabra *bienes*, siendo opinión generalmente admitida que el metálico donado es susceptible de reversión. Según Laurent, en esta materia no hay que fijarse en la naturaleza de los bienes, sino sólo en su origen ó procedencia.

Por último, nuestro art. 812 consiente que á las cosas vendidas sustituya su *precio*, y el precio es una cantidad, una suma metálica, que ha de revertir al donante, lo que prueba que en principio no se opone á la reversión del dinero.

Admitido que el precepto se refiere á toda clase de bienes, muebles ó inmuebles, fungibles ó no fungibles, entramos de lleno en las complicaciones y dificultades que en la práctica origina la reversión de una suma metálica. Es condición precisa que *los mismos objetos* donados existan en la sucesión, y esta condición ha de aplicarse al metálico y á las cosas fungibles. ¿Cómo se prueba que son los mismos?, ¿qué conservan su identidad?

La idea del artículo es que los bienes que se donaron *subsistan* en la sucesión del descendiente, que se conserven. Tratándose de una finca, una alhaja, un objeto determinado, el precepto es sencillo: se conserva ó no el mismo al abrirse la sucesión. Tratándose de metálico ó de bienes fungibles, la cuestión no es sencilla, pues, por su naturaleza y uso especial deben gastarse ó consumirse.

Desde luego en esa clase de bienes no ha de exigirse que se conserven las mismas monedas ó los mismos individuos dentro del género que se donó, lo cual haremos palpable con algunos ejemplos. El donatario deposita la suma donada en un establecimiento de crédito ó la da á préstamo: el donante sucede desde luego en el derecho del donatario ó en el crédito, no sólo porque, según el art. 812, sucede en las acciones que al donatario correspondiesen con relación á los bienes donados, sino porque en realidad subsiste ó se conserva la cosa que se donó, que fué una suma de dinero, aunque es evidente que se devolverán diferentes monedas de las entregadas. El donatario compra fincas, haciendo constar en la escritura que el precio procede del metálico recibido por la donación, ó que compra con dinero suyo y no con el donado: poco importa que entregue ó no las mismas monedas; consta que se invierte la suma ó que se conserva, y á esa circunstancia, que es la esencial, es á la que se debe atender.

Pero aun así, no se salva la dificultad. Si en la sucesión no existe metálico ó no existen bienes de la especie de los fungibles donados, es claro que no hay reversión. Si existen precisamente los mismos por ser muy reciente la donación, deberse aún

el precio de los objetos vendidos, tener almacenado el grano ó entinajado el vino ó el aceite, haberse entregado monedas determinadas de oro, hallarse colocado el dinero ó constar claramente su conservación, es también evidente que la reversión procede. Lo mismo ocurre respecto á los bienes fungibles, si se han cambiado por otros ó se han vendido, y se conserva su precio ó equivalente. Pero si existe metálico ó bienes de la misma especie en la sucesión, y se ignora si son ó no los mismos, ¿tendrá derecho á reclamar la cantidad que donó el ascendiente donante, ó deberá pasar á los herederos voluntarios ó forzosos del descendiente?

Y este caso, que será el más frecuente, constituye el núcleo de la dificultad. Si hay bienes de la misma clase en la sucesión, más justo sería devolverlos al donante, que de algo equivalente se desprendió, que entregarlos á otros ascendientes, que de nada se desprendieron, y al mismo tiempo se evitaría la dificultad, porque sin necesidad de investigaciones ni de pruebas casi imposibles, si existía un equivalente, en todo ó en parte tendría lugar la reversión, y si no existía, no tendría lugar. Pero, ¿autoriza la ley esta solución? Depende, más que nada, del criterio amplio ó restrictivo con que quiera interpretarse el artículo, porque por su propia naturaleza la clase de bienes de que tratamos se sustituyen unos á otros, y bien puede sostenerse que el precepto ha de aplicarse á cada clase de bienes, según su naturaleza, y que en las cosas fungibles los mismos bienes son la misma clase. Mas como la interpretación debe ser más bien restrictiva, dada la índole excepcional del precepto, y en cierto modo sería conceder á las cosas fungibles un privilegio que no tienen las demás, porque sería admitir su reversión casi siempre, no obstante haberse debido consumir ó gastar, y como por otra parte la afección del donante hacia esa clase de bienes no puede ser igual que la que sienta hacia otros propiamente familiares, debemos concluir que no constando ó no probándose la conservación ó subsistencia del metálico ó las cosas fungibles donadas, no procede su reversión, aunque existan bienes de la

misma especie en la sucesión. Si el Código admite, por ejemplo, que un carruaje sustituya á una alhaja en caso de cambio, lo cual parece más anómalo que el que á una cantidad sustituya otra cantidad, es porque consta que á un objeto ha sustituído otro en virtud de su permuta. Creemos, pues, más justa ó más exenta de inconvenientes la primera solución, pero más legal la segunda.

Aunque el art. 812 no tiene en la práctica tanta aplicación como el 811, porque, ó el donante premuere al donatario, como es lo más natural, ó es el mismo legitimario, ó uno de ellos, ó su padre, algún día tendrá que resolver esta duda la jurisprudencia, la que hasta ahora no tenemos conocimiento de que haya decidido cuestión alguna relacionada con el artículo que comentamos.

Si la cosa donada se enajenó y volvio después al donatario por cualquier título, existiendo en la herencia de éste, creemos que procede la reversión, no sólo en el caso de retroventa ó readquisición por cumplimiento de una condición resolutoria, voluntaria ó legal, sino en todo caso y por cualquier título, porque el artículo sólo exige que las mismas cosas donadas existan en la sucesión, y existiendo, no hay que distinguir sobre si han existido siempre con anterioridad ó faltaron en algún momento ó período; existen y esto basta; toda ojeada restropectiva carece de razón y de utilidad.

Por último, el art. 812, al exigir que los bienes donados existan en la sucesión, quiere evidentemente que, existiendo, pasen al donante en el estado en que se hallen, como quiera que estén; pero que sean materialmente los mismos bienes donados, ó en su caso, los que les sustituyan, sin aumentos independientes; esto es, quiere que el donante readquiera lo suyo, pero nada más que lo suyo, y que lo adquiera si existe en la sucesión y como exista en ella.

IV.—Efectos de la reversión establecida en el art. 812.

A) *Con relación al descendiente fallecido.*—Como resultado de las ideas expuestas, tenemos: 1.°, que la reversión no alcanza á

todos los objetos donados, sino á los que de ellos existan en la sucesión, ya por sí mismos, ya subrogados, en su caso, por otros; 2.º, que en esos objetos suceden los ascendientes que donaron con exclusión de toda otra persona.

Es consecuencia de esta doctrina, que la donación hecha pura y simplemente por los ascendientes á uno cualquiera de sus descendientes, produce todos sus naturales efectos, sin más limitación que la de no poder disponer de ellos el donatario para después de su muerte, á no ser en favor de sus descendientes legítimos. Así, el descendiente donatario puede disponer libremente de los bienes por actos entre vivos á título oneroso ó lucrativo; mas no puede legar esos bienes, ni instituir heredero con relación á los mismos. Laurent opina lo contrario, pero es partiendo de la base de que el art. 747 del Código francés sólo se refiere á la sucesión abintestato. Entre nosotros hay que admitir la doctrina expuesta, porque la disposición del art. 812 es aplicable lo mismo al caso de morir el descendiente sin testamento, que en el de morir con él, y así lo prueban las palabras del artículo.

La sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte; los objetos donados que existan en la sucesión, pasan por ministerio de la ley al ascendiente, y pasan á él *con exclusión* de toda otra persona; luego el descendiente no puede disponer de esos objetos en su testamento, y si dispone de ellos (salvo en favor de sus descendientes legítimos ó habiendo premuerto el donante) realiza un acto nulo, porque la ley señala de antemano el destino especial de esos bienes en la sucesión.

Como consecuencia de la misma doctrina, el descendiente no se halla obligado á garantizar de ninguna manera la devolución, en su caso, de los bienes donados, ni de su valor. Usará de las cosas como dueño, mejorándolas ó descuidándolas, ó abandonándolas, como quiera, porque no es un usufructuario, ni tiene que dar á nadie cuenta de sus actos. Hará reparaciones ordinarias ó extraordinarias, sin ser responsable, caso de no hacerlas, ni poder exigir indemnización, caso de hacerlas; percibirá los fru-

tos, etc. Lo que quede, eso es lo único que puede pretender el donante, porque es lo único que le asigna la ley.

Q. Mucius sostiene que el descendiente puede hacer desde luego donaciones, pero que responde al donante de su valor. Esta opinión, fundada en la naturaleza del derecho de reserva y del de reversión, no es admisible á nuestro juicio. Reserva no existe, y la reversión es especial. Si el descendiente se desprendió de los bienes por donación, no existirán en su herencia ni habrá reversión de ellos; para admitirla respecto al valor, es necesario probar que la ley autoriza la sustitución de los bienes por su valor, y eso no puede probarse, porque ni se trata de una acción del donatario con relación á esos bienes, ni del precio de ellos, puesto que no medió, ni de cambio ni de permuta.

De aquí resulta una anomalía, sólo explicable por la especialidad del precepto. El art. 636 sólo permite disponer por donación de lo que se pueda disponer por testamento. El art. 812 es una excepción: el descendiente no puede disponer por testamento de los bienes que recibió del ascendiente, y puede donarlos. El ascendiente donante no puede pedir la anulación ni la reducción de esa donación hecha por el descendiente, porque la ley sólo le concede derecho á lo que exista ó quede de los bienes en la sucesión, y lo donado ya no existe, no queda, no se conserva. ¿Podrán pedir la reducción los otros ascendientes á quienes corresponda la legítima, previa la agregación ficticia de su valor á la masa de la herencia, si excede de la parte de libre disposición? Entendemos que sí, porque entre los donatarios y los legitimarios la ley prefiere á éstos. Lo anómalo es que ese valor pueda favorecer á los legitimarios y no al ascendiente donante; pero no hay más remedio que admitirlo así. Descartado el donante por el texto claro y terminante del art. 812, la batalla se libra entre los legitimarios y el donatario, y el resultado no es dudoso, en vista de los arts. 636, 654 al 656, 819 y 820.

B) *Efectos con relación á los ascendientes á quienes corresponda legítima.*—El derecho concedido en el art. 812 no puede menos de limitar el derecho que en la herencia corresponde á los legitima-

rios ó á otras personas. En el caso de que el donante no tenga derecho á legítima, ¿cómo se fija ésta? El art. 818 no preve esta situación especial; claro es que se deducirán las deudas y se agregará el valor de las donaciones colacionables; pero los bienes donados que existan en la sucesión ó sus equivalentes cuando proceda, ¿se cuentan entre los bienes existentes, ó se deducen previamente del caudal relicto? Si se cuentan, podrá resultar que excedan de la mitad del caudal líquido, en cuyo caso, si hay herederos voluntarios ó legatarios, éstos no recibirán nada, anulándose la parte libre, y el mismo legitimario no percibirá íntegra su legítima, lo cual es irremediable, porque lo absoluto del precepto del art. 812 permite asegurar que antes que las legítimas y antes que todo, es que el donante readquiera lo que fué suyo. Tanto es así, que si en la sucesión no quedasen otros bienes que los donados, habría reversión, pero no legítima.

A pesar de tal resultado, creemos que, tratándose de cosas ó bienes que se defieren por sucesión á la muerte del descendiente, no cabe separar del caudal relicto los objetos donados, sino que considerándose como parte integrante de dicho caudal, se deducirán, con arreglo al art. 818, las deudas, se aumentarán después, en su caso, las donaciones colacionables, y en el resto que pueda resultar, la mitad constituirá la porción legítima, y la otra mitad la porción libre. Con cargo á esta parte se cumplirá lo preceptuado en el art. 812. Si hay sobrante, como ocurrirá casi siempre, se cumplirán dentro de lo posible los legados, ó se entregará lo que proceda al ascendiente legitimario como sucesor legítimo, y si no hay sobrante, ó aun excede el valor de los bienes donados al importe de la parte libre, se reducirá la legítima, porque las palabras «con exclusión de toda otra persona», hacen lo que podemos llamar legítima del ascendiente donante, una legítima privilegiada de pago preferente á la ordinaria.

C) *Efectos con relación al ascendiente donante.*—Dijimos que el ascendiente es un sucesor legítimo, ya se considere como heredero ó como legatario. El ascendiente, dice el artículo, *sucede*. La sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte:

desde ese momento, la posesión de las cosas determinadas que por herencia ó legado se transmiten, pasan á los herederos ó legatarios, quienes en todo caso han de manifestar, no obstante, su voluntad de aceptar ó no aceptar lo que se les dejó. Estas reglas, como generales, se aplican desde luego al ascendiente, puesto que es un sucesor; los objetos donados le pertenecen mediante su aceptación desde la muerte del donatario, y le pertenecen con sus frutos; pero puede renunciar, y en tal caso esos objetos formarán parte del cuerpo general de bienes, y se adjudicarán á quien corresponda, ya que la reversión queda sin efecto.

Tampoco puede haber reversión cuando el ascendiente donante haya sido desheredado en virtud de una justa causa: pues creemos desde luego que puede ser desheredado ó privado de las cosas donadas que la ley le concede, puesto que respecto á ellas, su derecho es análogo al de los herederos forzosos, y no deben ser más privilegiados que éstos. ¿Aplicaremos por analogía los preceptos de los arts. 761 y 857, en caso de tener el donante descendientes legítimos? Esto es, en caso de indignidad ó desheredación, ¿ocuparán esos descendientes el lugar del donante, y podrán exigir en su favor la reversión? Nos parece indudable la negativa. En primer lugar, los arts. 761 y 857 se refieren al caso de ser herederos forzosos los descendientes, no los ascendientes; en segundo lugar, el art. 812 concede un derecho personalísimo al ascendiente con exclusión de otra persona; por último, la indignidad y la desheredación equivalen á la muerte ó no existencia del heredero; ahora bien: si el ascendiente premuriese al descendiente á quien donó, la disposición del art. 812 no sería aplicable, y lo mismo debe entenderse cuando ese ascendiente ha dejado legalmente de existir como sucesor, por haber sido privado de su derecho á suceder. El derecho de representación, como ficción de la ley, no puede aplicarse á casos no comprendidos expresamente en la misma, mucho menos cuando por su propia índole repugna al art. 812 semejante extensión.

Como se trata de la sucesión del descendiente, en todos los

casos en que, por muerte, renuncia, incapacidad ó desheredación, no pueda aplicarse el art. 812, los objetos donados, mezclados con el resto de la herencia, pasarán á los herederos de ese descendiente.

El ascendiente donante puede ser el único llamado á heredar abintestato, por no existir otro ó ser él el más próximo, y en este caso, la disposición del art. 812 carece de interés, porque el ascendiente sucederá lo mismo en los bienes donados que en todos los demás. Pero no siendo así, la cuestión es de importancia: un abuelo dona á su nieto; muerto éste, le heredan sus padres, pero las cosas donadas vuelven al abuelo. Si queda un ascendiente de cada línea, las cosas donadas van al donante, y del resto de los bienes percibe su legítima el otro legitimario.

Pero si el ascendiente donante es heredero forzoso, ¿se le computará en la legítima las cosas ú objetos que donó, ó deberá recibir éstos, y además íntegra en los demás bienes su legítima?

En nuestra opinión, al morir el descendiente sólo hay en rigor una sucesión; pero en ella es indudable que los objetos que existan de los donados corresponden todos al donante, que la ley los destina á él exclusivamente. Si en el caso de no tener el donante derecho á legítima, para fijar ésta se separan antes los bienes donados, no hay razón para proceder de otro modo cuando le corresponda toda la legítima ó una parte de la misma. El perjuicio para los otros herederos es el mismo, y la misma limitación sufre la parte libre. Es natural que los descendientes y los ascendientes colacionen el importe de las donaciones que hubiesen recibido del causante: mas ¿cómo exigir al donante una especie de colación en bienes que fué él quien los donó y que adquiere despuée de muerta la persona á quien los entregó? Tal vez sería equivalente otra solución; pero dado el precepto legal, sostenemos que al donante no han de computarse en su legítima los bienes donados, porque en él se reunen los derechos, de los que uno le corresponde por su proximidad de parentesco, y el otro por proceder de él los bienes y haberlos donado; y si por éste sucede en las cosas que donó, por el otro sucede en la mitad

ó en la parte de la mitad de los bienes que le corresponda como heredero forzoso. No hay razón para limitar uno de estos dos derechos por recaer en una sola persona.

Por lo mismo, el donante puede renunciar la legítima y aceptar la reversión, ó viceversa.

D) *Efectos con relación á los acreedores.*—Al existir créditos contra la sucesión, la situación se complica.

No pueden hacerse volver los bienes libres de toda responsabilidad al donante, porque eso sería fijarse demasiado en la donación y prescindir en absoluto del título que sirve de base á la reversión. ¿Sería justo que los acreedores, preferidos en el Código aun á los legitimarios, perdieran sus créditos, tal vez motivados por la garantía que en la fortuna del deudor representaban los bienes donados, y entretanto adquiera graciosamente y libres los bienes el ascendiente? Esto sería contrario á los principios generales que informan el Código, y á los especiales que rigen en materia de sucesión.

El espíritu del art. 812 es beneficiar al donante con preferencia á otros ascendientes; pero no con preferencia á los acreedores legítimos del donatario. Si la donación fué incondicional, éste adquirió en plena propiedad los bienes de la misma, y, por consiguiente, están sujetos al pago de las deudas y obligaciones, como los demás bienes que le pertenezcan.

En toda sucesión hereditaria es obligación preferente el pago de las deudas, al que están sujetos todos los bienes del finado. En el caso de que se trata, claro es que del caudal relicto se deduce el importe de las deudas, y sólo después de esto se fija ó determina la porción libre y la porción legítima. La cuestión está en los bienes que han de destinarse al pago de las deudas. Mientras el valor de los bienes donados no exceda del importe de la parte libre, aunque la absorba toda, no se ofende la legítima ordinaria, y por consiguiente, á lo más, resultará que no podrá destinarse parte alguna á legados ni herencia voluntaria, lo cual es lógico é irremediable, porque el testador, en tal caso, de nada podía disponer libremente. Pero en cuanto al valor de los

bienes donados, por exceder de la parte mal llamada libre, pueda perjudicar la legítima ordinaria, se impone la reducción de una y otra legítima, si ambas han de contribuir proporcionalmente á las deudas ó cargas de la sucesión. Hacer recaer toda la pérdida sobre el ascendiente donante, sería tan injusto como imponerla solamente al otro legitimario. La proporción en que se hallen el importe de la legítima con el importe ó valor de los bienes donados existentes en la sucesión, es la que debe servir de base para reducir ambas asignaciones. Este caso será raro, pero es posible.

E) Efectos con relación á los bienes donados.—1.º *Existencia de los mismos bienes en la sucesión.*—El ascendiente donante sucede en los bienes que existan, y los recibe en el estado en que se hallen. Si están deteriorados, tendrá que admitirlos así, puesto que el descendiente pudo abandonarlos, cederlos, etc., sin derecho á reclamar indemnización alguna á los herederos. Si están gravados, sucederá en los bienes con el gravamen impuesto, censo, servidumbre, hipoteca, etc., respetando y cumpliendo las cargas que determinadamente les afecten.

Los frutos de los bienes pertenecen al ascendiente, como sucesor en cosa determinada, desde el día de la muerte del donatario. Con los bienes van los aumentos que por accesión les correspondan, y en su caso, las obligaciones y los derechos que de la misma accesión emanen (para reclamar por ejemplo, árboles arrastrados por la corriente y pagar á tercero los gastos de su conservación, ó para exigir estos gastos devolviendo los árboles para pedir la separación de las cosas suyas unidas á otras, retener la principal suya con la accesoria que se le unió de un modo inseparable, pedir indemnización en su caso, etc.). Es el mismo donatario, puesto que es su sucesor, y tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que él tendría; solamente no puede serle imputable la mala fe de su causante, por ser una cualidad personalísima.

Si hay mejoras, las provinientes de la naturaleza ó del tiempo ceden desde luego en favor del ascendiente; las mejoras de-

bidas á la industria y trabajo del donatario, son abonables á los herederos del donatario, porque, como afirma Laurent, la ley quiere que el donante readquiera los objetos donados, pero no que se enriquezca á expensas del donatario. Aceptamos esta solución como equitativa; mas por lo mismo, es también justo y de equidad que pueda el ascendiente donante compensar los desperfectos con las mejoras.

2.º *Los mismos bienes no existen en la sucesión, pero existen los que les han sustituído en los casos determinados en el artículo.*

a) *Venta.*—El ascendiente donante sucede en el precio debido ó percibido por la venta que hizo de los bienes donados, siempre que el precio exista en la sucesión.

En el caso de expropiación forzosa, tiene el mismo derecho al precio.

En caso de venta judicial ó administrativa por deudas á particulares ó á la Hacienda, como deudor principal, como fiador, etc., sólo tiene el donante derecho al exceso del precio sobre el descubierto, si lo hubiere; pues ni puede existir más precio, ni los bienes mismos.

b) *Permuta ó cambio.*—A las cosas dadas en cambio ó permuta, sustituyen las recibidas en equivalencia si existen en la sucesión. Si no fué igual el valor de los bienes cambiados ó permutados, hay que distinguir: si el objeto recibido valía menos que el entregado, el donante tendrá derecho á ese objeto y al valor del exceso del que se dió, cuyo exceso se abonaría en metálico, como *precio* al donatario. Si el objeto recibido valía más que el entregado, el donante sólo tiene derecho al valor igual, ó sea al de la cosa que donó; el exceso, como cosa comprada, corresponderá á los herederos del descendiente donatario.

c) *Otros actos ó contratos.*—No se establece expresamente en el art. 812 la sustitución de los bienes por su valor, ni la del metálico por los bienes adquiridos con él; de lo cual pudiera deducirse que no procede la reversión en caso de compra, donación, constitución de derechos reales (salvo en forma de venta), etc., aunque existan en la sucesión otros bienes ó metálico

sobrante. Sin embargo, permite la sustitución de unos bienes por otros y la del precio por los objetos vendidos, y nos parece justo y conforme á su espíritu que el donante suceda en los bienes comprados con el dinero de la donación, así como tiene derecho á suceder en el precio de los objetos vendidos, si existe metálico en la sucesión, ó en las cosas compradas ó préstamos hechos con ese precio.

2.° *Inexistencia en la sucesión de los mismos bienes y de los que pudieran sustituirles.*—En este caso el ascendiente no puede pretender reversión alguna. Sólo sucederá en las acciones que pudieran corresponder al donatario, con relación á los bienes donados. Qué acciones sean éstas, no hay para qué detallarlas: cuantas pudiera ejercitar el descendiente, si viviera, respecto á los bienes en caso de compra ó de venta (retracto, saneamiento, entrega de precio, rescisión, etc.), ó de donación, ó de permuta, ó de censo, hipoteca, servidumbre, prenda, depósito, préstamo, renta vitalicia, derecho de retención, embargo, seguros, etc., en cuanto no tuvieren un carácter personalísimo.

Códigos extranjeros.—Queda expuesto lo que á este particular se refiere, pues la generalidad de los Códigos no contienen el precepto del art. 812.

ARTÍCULO 813

El testador no podrá privar á los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

Precedentes.—La ley 11, tít. 4.°, Partida 6.ª, dice: «Libremente, é sin ningund agrauiamiento, é sin ninguna condición, deue auer el fijo su legitima parte de los bienes de su padre é de su madre.»

Afirma la misma idea la ley 4.ª, tít. 11, de la misma Partida.

Comentario.—Fijada la legítima de los descendientes y de los ascendientes, y las reglas excepcionales que rigen en cuanto á ésta y acabamos de examinar en los artículos 811 y 812, el Código deja para otras secciones el fijar la legítima del viudo, padres é hijos naturales, y establece en los artículos 813 al 822 ciertos principios y reglas generales aplicables á todas las legítimas. Las reglas especiales relativas á las mejoras, se comprenden en otra sección (artículos 823 al 833).

El art. 813 es una consecuencia lógica de la definición dada á la legítima en el art. 806. Si el testador no puede disponer de la porción reservada á determinados herederos por la ley, es claro que no puede privar de esa porción á los legitimarios, ni imponer sobre ella gravamen, condición ni sustitución de ninguna clase. Una voluntad superior á la suya ha dispuesto ya del derecho en que la legítima consiste, privando de él al testador, y puesto que ya no es suyo, ninguna facultad cabe que pueda ejercer.

La privación de la legítima puede ser total ó parcial.

Privar totalmente de la legítima es negarla en absoluto al legitimario, despojarle de ella por completo. A este caso se refiere el art. 814. Privar parcialmente de la legítima, es menguarla ó reducirla, dejar al legitimario una porción menor que la que le corresponde. A este caso se refiere el art. 815. El 813 sienta, pues, una regla general, y las consecuencias del quebrantamiento de esta regla se determinan en los arts. 814 y 815.

Añade el art. 813 en su primer apartado que sólo podrá privarse de su legítima á los herederos forzosos, en los casos expresamente determinados en la ley. Estos casos no son otros que aquellos en que existe alguna justa causa para desheredar á los descendientes legítimos ó naturales, á los ascendientes ó al cónyuge, como veremos al examinar los arts. 848 al 857. Fuera de los casos de desheredación, no es posible al testador privar de la legítima á los herederos forzosos.

Se refiere este artículo á todas las legítimas, si bien con re-

lación al tercio de mejora, sólo quiere indicar que ese tercio ha de quedar en alguno, algunos ó todos los descendientes legítimos, que no puede disponerse de él en favor de extraños, no oponiéndose al derecho concedido al padre ó ascendiente para asignarlo al hijo ó nieto que á bien tenga, privando de él á los demás. Se ve, pues, que hay una legítima, la de los hijos, de la cual pueden ser privados éstos en parte sin mediar desheredación: así lo exige la naturaleza especial de la mejora. Ningún hijo puede quejarse mientras quede en otro hijo ó descendiente: respecto á esa parte, sólo es legitimario aquél ó aquéllos de los hijos que escoja libremente el testador.

El gravamen impuesto sobre la legítima, la condición fijada respecto á la misma al heredero forzoso, y aun la sustitución ó designación de otra persona á quien en ciertos casos deba pasar dicha legítima, son actos de disposición ejercidos por el testador sobre cosas que no le pertenecen, privaciones más ó menos extensas del derecho que sobre la legítima corresponde al heredero forzoso. La cosa ó el derecho sobre ella (usufructo en la legítima del cónyuge, dominio en las demás), ha de pasar enteramente libre al legitimario, sin limitación alguna.

Fundándose en esto, declaran las sentencias de 17 de Octubre de 1893 y 14 de Mayo de 1895, que al prohibir el padre en su testamento toda intervención judicial, no puede impedir á los herederos forzosos el derecho de promover el juicio voluntario de testamentaría para sacar enteramente libre y entera su legítima, pues esto equivaldría á imponer condiciones ó limitaciones, que sólo pueden ser eficaces con relación á herederos voluntarios.

La condición impuesta á un hijo natural por su padre, en su testamento, de que no pudiese disponer de los bienes que le dejaba hasta cumplir los veinticinco años, es solamente válida con relación á las dos terceras partes de dichos bienes, pues en cuanto al otro tercio que constituye la legítima de ese hijo, el art. 813 prohibe toda condición. (Resolución de la Dirección general de los Registros de 28 de Abril de 1898.)

Habiendo legitimarios, las prevenciones del testador de que retengan todos los bienes sus albaceas hasta quedar hecha la adjudicación á los partícipes, y de que no puedan exigírseles cuentas, son incompatibles con el respeto debido á las legítimas, y no obstan á la promoción por los herederos del juicio de testamentaría. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1905.)

El hijo apartado de la herencia en Aragón no puede promover el juicio de testamentaría, pues sus limitadísimos derechos, hacen que pueda equipararse al desheredado de Castilla. (Sentencia de 30 de Junio de 1905.)

Hallándose subordinada la entrega de los legados á la integridad de las legítimas, debe preceder é ella la liquidación y partición del caudal, ó intervenir los herederos forzosos en la entrega, aun cuando se trate de legados de cosa determinada. (Sentencia de 7 de Abril de 1906.)

La ley se refiere á los gravámenes, condiciones y sustituciones consignados en el testamento ó última voluntad: no se opone á la libre disposición por actos entrevivos, aun cuando de éstos los que tengan una causa lucrativa podrán después anularse ó reducirse como inoficiosos.

Termina el artículo diciendo: «salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo». ¿Quiere esto decir que el testador puede gravar las legítimas con el usufructo del viudo? De ningún modo: el usufructo del viudo es una legítima, y como tal lo impone la ley, no el testador, y lo impone, no sobre todas las legítimas, sino solamente sobre el tercio de mejora (artículos 834 y 835), ó sobre la legítima de los hijos naturales (artículo 841).

Y al imponerse ese gravamen sobre la mejora, no se ataca á la virtualidad del principio consignado en el art. 813, porque éste, en rigor, y con relación á los descendientes legítimos, sólo es aplicable á un tercio del caudal, á la legítima estricta. Según el art. 782, las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima; y si recayeren sobre el tercio de mejora, sólo

podrán hacerse en favor de los descendientes. Según el 824, sobre la mejora pueden imponerse gravámenes en favor de los legitimarios y sus descendientes. Estos podrían considerarse más propiamente como excepciones del segundo apartado del artículo 813, porque serán en su caso limitaciones impuestas por el testador sobre una porción de bienes que el art. 808 considera como legítima. El tercio de mejora, aunque legítima, admite gravámenes, admite condiciones y admite sustituciones, no en casos excepcionales, sino siempre, aunque sólo en favor de determinadas personas. Como hemos dicho, el precepto del art. 813 sólo es rigurosamente cierto con relación á la legítima estricta ó corta de los descendientes: la razón de esto es la naturaleza especial del tercio de mejora. El testador tiene relativa libertad para disponer de ese tercio, y esa misma relativa libertad se le concede para gravarlo ó limitarlo.

El legislador recuerda en muchos artículos la doctrina del 813, como hemos visto anteriormente y tendremos ocasión de observar en lo sucesivo.

Códigos extranjeros.—Aceptada la legítima en la sucesión, queda desde luego admitida la doctrina del art. 813, por lo que puede decirse que existen concordantes de éste en todos los Códigos. Sin embargo, son muy contados los que contienen el mismo precepto, tal vez por juzgarlo natural, y por tanto, innecesario. Entre los Códigos que repiten nuestro art. 813, pueden citarse los de Chile (art. 1192) y Colombia y el de Méjico.

ARTÍCULO 814

La preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

La preterición del viudo ó viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que

le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto.

PRECEDENTES.—A) *Roma.*—En el antiguo derecho romano, el testamento se rompía ó quedaba por completo nulo en virtud de la agnación ó cuasiagnación de un heredero *suyo*, á quien no se hubiese instituído heredero ni desheredado legalmente.

Esta doctrina fué modificada posteriormente. La auténtica «Ex causa», tít. 28, libro 6.º del Código, decía: «*Ex causa exhœreditationis vel praeteritiones, irritum est testamentum quantum ad institutiones, coetera namque firma permanent.*»

La novela 115, cap. 3.º, de Justiniano, repite la misma doctrina. La preterición anula la institución de heredero abriéndose la sucesión intestada; pero valen manumisiones, legados, etc.

B) *España.*—La ley 20, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo concede desde luego legítima á los hijos que nacen después de la muerte del padre, prescribiendo que en tal caso, si dicho padre hubiese dispuesto de lo suyo, el hijo recibirá tres cuartas partes de la herencia, y la cuarta parte restante aquel á quien quiso dejarla el testador.

Las Partidas parecen resucitar la antigua doctrina romana. Según la ley 10.ª, del tít. 7.º, Partida 6.ª: «*Preteritio*, en latín, tanto quiere dezir en romance, como passamiento, que es fecho calladamente, non faziendo el testador mencion en el testamento, de los que auian de heredar lo suyo por derecho. E esto sería como si el padre establesciesse algund estraño, ó otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredándolo nin desheredándolo. Pero el testamento que fuesse fecho en esta manera, non valdría... El fijo deue auer la heredad de su padre. E el otro estraño que fué escrito en el testamento, non deue auer ninguna cosa.»

La ley 1.ª, tít. 8.º de la misma Partida, expresa que el hijo

desheredado injustamente, *quebranta* el testamento haciendo uso de la querella de inoficioso testamento, y añade después: «Pero si testador sobre dicho cuando establesciesse el heredero, non ficiesse emiente en el testamento, de aquel que auia derecho de heredar, heredándolo nin desheredándolo, tal testamento como este non se quebrantaría, *pero non vale, nin es nada*. E por ende, pues que non deue valer, non se puede quebrantar, ó deue ser entregada la herencia al fijo ó al nieto, de que no fué hecha mención en él. E lo que decimos en esta lei de losdescendientes, entiéndese también de los descendientes que fuessen desheredados á tuerto ó sin razón, ó si non fuesse fecha ninguna mención dellos en el testamento de los descendientes.»

Aunque después la ley 7.ª del mismo título y Partida, al determinar los efectos del quebrantamiento del testamento por admisión de la querella, quiere que sólo se anule la institución y valgan las mandas y manumisiones, creemos que este beneficio no alcanzaba al caso de preterición, en el cual el testamento, según el Rey Sabio, no se quebranta, porque es nulo ó se considera no existente.

La ley 24 de Toro (8.ª, tít. 6.º, libro 10 de la Nov. Recop.) reformó esta doctrina, expresando que cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de preterición ó exheredación... no por eso deje de valer la mejora de tercio y quinto.

El proyecto de Código de 1851, art. 644, contiene la misma doctrina que el 814 del Código vigente.

Sosteníase por algunos que aunque tales eran los efectos de la pretericición en general, si el preterido era un hijo póstumo (nacido después de morir el testador) ó cuasipóstumo (nacido después de hecho el testamento), no sólo anulaba la institución de heredero, sino que quedaban sin efecto todas las disposiciones testamentarias (legados, mejoras, etc.).

También se discutía si el preterido había de recibir solamente la legítima, ó si anulada en absoluto la institución de heredero, debía abrirse la sucesión intestada.

Nuestro Código ha resuelto estas dudas en el art. 814, aun-

que hubiéramos deseado en cuanto á la segunda una declaración más explícita, confirmada de algún modo en el art. 912, que por cierto no se ocupa de esta causa al determinar los casos en que procede abrir la sucesión legítima, al menos claramente.

COMENTARIO.—1.º *¿Cuándo existe preterición con arreglo al artículo 814?*

El acto de privar totalmente de su legítima á un heredero forzoso puede tener efecto de dos modos: expresa ó tácitamente.

La privación expresa de la legítima constituye la *desheredación*. La privación tácita de la misma se denomina *preterición*.

El testador puede desheredar á sus herederos forzosos en testamento y en virtud de una justa causa de las consignadas en la ley, que resulte cierta y pueda probarse caso necesario. La desheredación en esta forma priva legalmente al legitimario de su derecho á legítima.

La preterición consiste en omitir al heredero en el testamento. O no se le nombra siquiera, ó aun nombrándole como padre, hijo, etc., no se le instituye heredero ni se le deshereda expresamente, ni se le asigna parte alguna de los bienes, resultando privado de un modo tácito de su derecho á legítima.

Para que exista preterición, con arreglo al art. 814, basta que en el testamento omita el testador á uno cualquiera de aquellos á quienes por su muerte corresponda la herencia forzosa.

Se necesita, pues: *a*) Que la omisión se refiera á un heredero forzoso; *b*) Que la omisión sea completa; que el heredero forzoso nada reciba en el testamento.

A) *Que la omisión se refiera á un heredero forzoso.*—Sólo á estos debe legítima el testador, por lo que no puede hablarse de omisión con relación á los herederos voluntarios.

Como á *todos* los herederos forzosos se debe legítima, es claro que existe preterición siempre que se omita á *alguno* de ellos, ascendiente ó descendiente legítimo, cónyuge, padre natural ó hijo natural.

Y así lo comprende el art. 814. En su primer apartado habla

de los herederos forzosos en línea recta; en el segundo, del cónyuge, que es el único no comprendido en esa línea.

Se dice por algún comentarista que el artículo no prevé el caso de preterición de los hijos ó padres naturales. El legislador no incurre en tan gran falta. No habla de parientes, que sería el caso en que, por no añadirse el calificativo de naturales, cabría afirmar que sólo se refería á la *familia legítima:* habla de *herederos forzosos*, prescindiendo de su clase de parentesco, y es evidente que el padre y el hijo natural son herederos forzosos en línea recta, pues la palabra *línea* no es patrmonio de los ascendientes y descendientes legítimos; podrá limitarse en aquéllos al lazo entre hijos y padres, sin subir ni bajar más; pero aplicada á los herederos forzos tiene una significación tan clara, que no cabe duda alguna en esta cuestión. Así lo prueba la contraposición de esos herederos en línea recta (descendente ó ascendente) al cónyuge y la consideración de ser absurdo que el legislador al tratar de la preterición se olvidase del hijo y del padre natural. Quiere pretenderse que la sentencia de 16 de Enero de 1895 sirve de apoyo á la referida opinión, y precisamente al resolver la cuestión ventilada estudia los arts. 814, 815 y 817 como relacionados con el caso que la motivó, y como aplicables, por tanto, á los hijos naturales, como veremos en su lugar.

Tratándose de herederos forzosos es indiferente, como dice el artículo, que la preterición se refiera á todos los herederos forzosos, á varios ó á uno solo de ellos. La preterición existe siempre y produce idénticos efectos.

Pero es indispensable que el omitido sea realmente heredero forzoso. Para esto no basta ser descendiente, ascendiente, etc.; es necesario sobrevivir al causante y ser la persona designada por la ley, por su proximidad de grado, para reclamar la legítima. La omisión del cónyuge separado por sentencia de divorcio, la de un ascendiente cuando existen descendientes, la de un nieto cuando aún vive su padre, la de un hijo que falleció antes que el testador, etc., no es la preterición á que el artículo se refiere,

porque recae en personas que no han llegado á ser herederos forzosos.

La ley iguala la preterición de los herederos en línea recta que vivan al otorgarse el testamento, conozca ó no su existencia el testador, con la de aquellos que nazcan después de muerto el testador. Entre unos y otros hay un tercer grupo, olvidado en el art. 814, pero evidentemente comprendido en él. Ese grupo lo forman los herederos forzosos que nazcan después de otorgado el testamento y antes de morir el testador.

En este punto, la Dirección general de los Registros ha re-resuelto dos recursos idénticos, y puede decirse que no ha sentado doctrina. Instituídos herederos por su padre sus hijos vivos al otorgarse el testamento, nacieron después otros que aún vivían al morir el padre, sin modificar éste su última voluntad. Los instituídos, reconociendo el derecho de los omitidos, partieron con ellos la herencia, y el Registrador denegó la inscripción apoyándose en la nulidad de institución, con arreglo al art. 814. En 30 de Octubre de 1896 resuelve la Dirección que el hijo omitido no puede fundarse en el testamento y necesita justificar su cualidad de heredero abintestato; que el hijo instituído tampoco puede fundar en el testamento su derecho, por ser nula su institución; y que, «para los fines de la inscripción queda indirectamente fijado el contenido del art. 814 del Código civil, en el sentido de que la preterición de algún heredero forzoso en línea recta *anulará siempre la institución de heredero*, dando carácter absoluto á este ordenamiento, y teniendo, por tanto, como meros casos citados, sin pretensión de ser los únicos, aquellos que el texto legal consigna».

En 20 de Mayo de 1898 resuelve la misma Dirección, que el Código en el art. 814 sólo habla de herederos forzosos vivos al hacerse el testamento ó nacidos después de muerto el testador, por lo que ni en el sentido que á la palabra *preterición* da el artículo, ni en el gramatical, podía entenderse aplicable el precepto á los nacidos después de hecho el testamento y antes de morir el testador, y que, en todo caso, puesto que el art. 814 quedaba

cumplido por haber dado al hijo, que no se instituyó, el derecho que podía pretender en la herencia, procedía la inscripción.

Esto equivale á dejar á merced del criterio de la persona que en cada caso resuelva el recurso los derechos de los herederos en la sucesión.

El art. 814 está copiado del 644 del proyecto de Código de 1851. Sin embargo, en éste se dice: «La preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó nazcan después, *aun muerto el testador*, etc.» Podrá haber una errata en el art. 814, y nada más. ¿Cómo igualar al vivo con el nacido después de muerto el testador, y no con el nacido después de hecho el testamento y antes de esa muerte? Se creería con razón al legislador falto de criterio.

Felizmente el mismo artículo demuestra su idea, á pesar de esa equivocación que hemos hecho notar. Al decir en el último párrafo, que si el heredero forzoso muere antes que el testador, la institución surtirá efecto, indica claramente, que si vive, naciese antes ó después de otorgarse el testamento, la institución de un tercero no surte efecto. Luego le basta ser heredero forzoso, y para ello, como es natural, sobrevivir al testador y estar preterido para anular la institución.

No existe hoy cuestión alguna en esta materia: la preterición produce siempre los mismos efectos, ya se refiera á personas vivas al hacerse el testamento ó nacidas después. Este último grupo sólo puede hacer relación á los descendientes legítimos, siempre que además tengan derecho á legítima. Han de hallarse al menos concebidos en el momento de la muerte del testador y nacer en condiciones de vida, pues si no, no serían herederos forzosos.

En los hijos naturales equivale al nacimiento el hecho de ser reconocidos ó legitimados por concesión real, después de otorgada por el testador su última voluntad.

B) *Que la omisión sea completa.*—Esta condición se deduce del mismo art. 814, y resulta con evidencia al relacionar este ar-

tículo con el 815. El heredero forzoso á quien el testador deja algo por cualquier título en su testamento, no se halla propiamente omitido, pues se le nombra y se le reconoce participación en los bienes hereditarios. Podría discutirse en el art. 814, si era ó no necesario que se reconociese el derecho del heredero como tal heredero, pero el art. 815 desvanece esta duda. Aquél se ocupa de la privación completa ó total, tácita; éste, de la privación parcial. Los efectos deben ser y son, como veremos, completamente distintos.

El testador que instituye herederos á sus hijos vivos al tiempo de hacer el testamento y á los que nazcan después, no incurre en preterición ú olvido. Los hijos nacidos después tendrán que justificar su cualidad de hijos del testador, pero son herederos.

2.º *Efectos de la preterición.*—El testador no puede privar de su legítima á los herederos forzosos. La ley dispone de esa porción, y su precepto ha de cumplirse. Dedúcese de aquí: 1.º, que si el testador se limita á disponer de la porción libre, hace uso de un derecho; 2.º, que si dispone de la porción legitima en favor de tercero, realiza un acto nulo. Y como consecuencia de todo, que lo verdaderamente nulo y anómalo no es precisamente el omitir al heredero forzoso, si por otra parte no se le priva de nada de lo que la ley le concede, sino quitarle su legítima, pretendiendo darla á otra persona extraña, ó sólo á otros herederos forzosos.

¿Es este el pensamiento de la ley? Veamos lo que resuelve.

La ley distingue entre la preterición del cónyuge y la preterición de cualquier heredero forzoso.

En el primer caso, sin anularse la institución, el cónyuge conserva los derechos que le conceden los artículos 834 á 837 del Código. No se cambiarán los herederos ni su cuota; pero del derecho de usufructo concedido al viudo habrá de privarse á los otros herederos; esto es evidente.

En el caso segundo, la pretericiónde los descendientes ó ascendientes legítimos, del hijo natural ó de los padres naturales,

en su caso, anula la institución de heredero, valiendo las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

La distinción hecha entre los efectos de la preterición del cónyuge y los efectos de la preterición de los demás legitimarios, obedece solamente á la natnraleza especial de la legítima del viudo, que siempre se asigna *en usufructo*. El derecho del cónyuge estima la ley que no altera esencialmente la institución de herederos, aunque éstos en parte sólo adquieran por de pronto la nuda propiedad ó reciban en su derecho la temporal limitación del usufructo del viudo.

Cuando la legítima no es usufructuaria, como ocurre en los demás casos, la preterición no puede menos de alterar esencialmente la institución de heredero. Esta ha de anularse, pero ¿en todo ó en parte, esto es, sólo en cuanto perjudique el derecho del legitimario preterido? El art. 814 opta por la primera solución, ya que hemos de atenernos estrictamente al taxto de la ley; mientras que el art. 851, en casos análogos, opta por la segunda.

En efecto; la desheredación sin justa causa no produce el efecto de desheredar, el heredero conserva derecho á *su legítima;* pero nada más que á su legítima. Los legados, las mejoras, si las hay, y aun la institución de heredero, son válidas en cuanto no perjudiquen al heredero forzoso.

La diferencia se notará perfectamente con un ejemplo. Un solterón, sin descendientes ni ascendientes legítimos, hace testamento instituyendo por heredero á un pariente lejano. Después reconoce un hijo natural, ó se casa y tiene descendencia, y muere sin modificar su disposición testamentaria. A su muerte, el hijo natural, ó los legítimos, fundándose en la nulidad total de la institución, con arreglo al art. 814, piden toda la herencia. En el caso del art. 851 sólo podrían pedir su legítima. *Preteridos*, adquieren derecho á todo, *desheredados*, sólo les corresponde un tercio ó dos tercios, según el caso.

En el fondo la cuestión es idéntica. El testador puede siempre disponer á su arbitrio de la parte libre. El legitimario, con-

tra la voluntad expresa del testador, sólo tiene derecho á su legítima. Preterido ó desheredado sin iusta causa, la legítima es suya. Desheredado ó preterido, la porción libre no le corresponde, cuando el testador la asigna á otro. Lógicamente no cabe que el legitimario, en caso de preterición, reciba todos los bienes cuando el testador haya dispuesto de ellos á título de *herencia*, y no cuando haya dispuesto del tercio libre á título de legado.

¿Cuál es la razón de esta diferencia? En la generalidad de los casos puede fundarse el precepto en la presunta voluntad del testador. Este, al desheredar, revela que existe alguna razón ó motivo que le impulsa á obrar así; podrá no ser bastante para privar al heredero de su legítima, pero siempre ha de estimarse suficiente para privarle del resto de la herencia, pues sobre ésta no puede pretender ningún derecho el desheredado. El heredero preterido no ha sido privado expresamente de nada; el testador, en los casos normales, obra así por descuido ó por error. Hemos visto un testamento en el que no se instituía heredera á una hija monja, por creer la testadora que no podía heredar. En otros casos se ignora la existencia de un descendiente ó de un ascendiente. Cuando el preterido es una persona que ha nacido después de muerto el testador ó después de hecho el testamento, la razón es aún más clara: la omisión ha de presumirse involuntaria; el testador debe suponerse que hubiera instituído heredero á esa persona si hubiera existido al otorgarse el testamento, y no sólo en cuanto á la legítima, sino en toda la herencia, caso de no haber otros herederos forzosos, y en iguales términos que los demás herederos no mejorados de un modo expreso.

La opinión contraria puede también defenderse, suponiendo que la ley anula el título de heredero, mas no en absoluto la participación en el caudal; que así como al exceptuar la mejora se refiere á todo el tercio ó á la parte de él que haya distribuído el causante, al exceptuar los legados se refiere á la parte libre de que haya dispuesto el mismo testador, considerando como un simple legatario de esa porción á la persona á quien el testador designó como heredero. Abonaría esta solución el art. 817, al

declarar que las disposiciones testamentarias que menguan la legítima de los herederos forzosos han de reducirse en cuanto fueren inoficiosas, pues amparado en este artículo el heredero voluntario, puede pretender que la disposición á su favor sea respetada en cuanto no perjudique á las legítimas.

La jurisprudencia no había resuelto de frente esta cuestión hasta la fecha de la anterior edición de esta obra, por no habérsele presentado en los términos propuestos, si bien ya puso de manifiesto su criterio. Hoy la cuestión se halla resuelta.

Hemos citado las Resoluciones de la Dirección de 30 de Octubre de 1896 y de 20 de Mayo de 1898. En la primera se decide con valentía, con arreglo al texto expreso del art. 814: la institución de heredero se anula en absoluto, y se abre para *toda la herencia* la sucesión intestada. En la segunda se rehuye la cuestión, fundándose en circunstancias secundarias. En el artículo siguiente examinaremos la sentencia de 16 de Enero de 1895.

La interpretación que rectamente se desprende del art. 814, es la de que sólo valen, y eso en cuanto no sean inoficiosas, las disposiciones hechas á título de legado ó mejora. En cuanto á la institución de heredero, se anula. Lo que se anula deja de existir, ¿en todo, ó en parte? No se añade limitación alguna, como en el art. 851, en el que se expresa que se anulará la institución de heredero *en cuanto perjudique* á la legítima del desheredado. Debe, pues, entenderse que la anulación es completa ó total, y que este artículo, como especial en el caso que le motiva, rige con preferencia al 817.

Todas las demás disposiciones testamentarias referentes á los bienes, como los legados y las mejoras, en su caso, continuarán subsistentes, no obstante la preterición, siempre que no sean inoficiosas, esto es, siempre que las mejoras no excedan del tercio, y los legados con las donaciones por causa de muerte, y las donaciones colacionables, no excedan de la parte de herencia de libre disposición. Si excedieren, se reducirán por las reglas del Código, hasta dejar á salvo la legítima. Con mayor razón han

de respetarse otras disposiciones del testamento, tales como el nombramiento de tutor, protutor y consejo de familia, defensor judicial, albaceas ó contadores, reconocimiento de hijos naturales, de deudas, de aportaciones al matrimonio, desheredaciones con justa causa, etc.

En el mismo sentido en que interpretamos nosotros el artículo 814, resolvió ya esta cuestión el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Julio de 1899, aunque refiriéndose á la legislación anterior, en el fondo idéntica á la que hoy rige.

«El fideicomiso ordenado por el testador, dice el único considerando de esta sentencia, es la institución hereditaria, porque absorbe la totalidad de los bienes de la sucesión, y porque el testador dispone además expresamente que se convierta en herencia absoluta si fuese contradicho, y que dicho testamento no contiene mandas ni otras cosas de las que la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, ordena guardar en el caso de que por no existir ó quedar destituída la institución hereditaria se abra la sucesión abintestato y, por lo tanto, ni dicha ley recopilada ni la jurisprudencia á su tenor, se oponen á la nulidad del testamento y de la totalidad del fideicomiso.»

Se pretende en el litigio que motivó esta resolución que, dada la pretensión de un hijo en el testamento, se anulase el fideicomiso ó la institución, sólo en cuanto á las dos terceras partes de la herencia, dejando así á salvo la legítima, puesto que del tercio restante pudo disponer á su arbitrio el testador.

Después de publicada la tercera edición de esta obra, se han dictado las sentencias de 17 de Junio de 1908 y 27 de Febrero de 1909, cuya doctrina no puede ser más terminante, no sólo en cuanto á la anulación total de la institución hereditaria, sino también en cuanto á la aplicación del art. 814 á los hijos naturales reconocidos.

En la segunda de dichas sentencias se sienta la doctrina siguiente: «De los casos de preterición, es decir, de la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto al

heredero forzoso en línea recta, se ocupa exclusivamente el artículo 814, cuyo texto claro y explícito imponiendo como sanción de dicha omisión la nulidad total de la institución de los extraños, salvo las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas, no admite duda de ninguna clase». El art. 813 contiene sólo un precepto de carácter general, y los 815 y 817 se refieren no á un caso de preterición como el 814, sino á aquellos en que el testador mengua parcialmente y dentro del mismo testamento, á un heredero forzoso, la cuota que le corresponda con arreglo á la ley. «Al emplear dicho art. 814 el concepto legal de heredero forzoso en línea recta, no puede entenderse que se refiere especialmente á los ascendientes y descendientes legítimos, con exclusión de los hijos naturales reconocidos, primero, porque el artículo no contenía distinción alguna en favor de la legitimidad, siendo, por tanto, aplicable el principio de derecho *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus;* segundo, porque con igual carácter de herederos forzosos son llamados conjuntamente con los descendientes ó ascendientes legítimos por los artículos 840 y 841; y tercero, porque los 807, núm. 3.º, y 842, les imprimen á mayor abundamiento el carácter de herederos forzosos, deduciéndose por tanto de todo lo expuesto, que los hijos naturales reconocidos con relación á sus padres, se hallan en línea recta descendente lo mismo que los legítimos, doctrina ya sancionada por el Tribunal Supremo en 17 de Junio de 1908, único precedente en que se debatió y planteó de manera concreta el punto ahora discutido.»

La citada sentencia de 17 de Junio de 1908 sienta la misma doctrina, y aun le da más alcance, como veremos en el comentario del art. 815, al cual se refiere de un modo más directo.

Para pedir la anulación corresponde al heredero preterido una acción, que siempre se ha llamado querella de inoficioso testamento.

Compete esta acción al preterido contra el instituído heredero, ó contra los poseedores de los bienes hereditarios, á fin de que sea anulada la institución. Exige la prueba de ser heredero

forzoso el reclamante y de haber sido preterido. Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe estimarse de naturaleza mixta de real y personal, y fijarse su duración en treinta años, si existen bienes inmuebles en la herencia, ó en seis, si sólo existen muebles ó semovientes, salvo el caso de adquisición del dominio ó derechos reales en un plazo más breve en virtud de la prescripción, y lo dispuesto en la ley Hipotecaria, cuyo artículo 23 determina que la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará á tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma; exceptuándose los casos de herencia testada ó intestada, mejora ó legado, cuando recaiga en herederos necesarios. En este precepto debe entenderse que el heredero instituído, aunque inscriba su derecho, no es tercero con relación al heredero forzoso preterido, pues tiene las mismas obligaciones que su causante; tercero será la persona que de aquel heredero adquiera ó inscriba por título oneroso, pues aun el adquirente por título lucrativo pudo ver anulado su derecho en virtud del art. 33 de la misma ley Hipotecaria, por no estar comprendido en la excepción del 34.

Estimada la acción, y anulada la institución de heredero, se abre la sucesión intestada respecto á la parte de bienes de que el testador, dentro de la porción libre no hubiese dispuesto en virtud de legado, mejora ó donación.

Claro es que si los herederos instituídos roconocen el derecho de los preteridos, no hay necesidad de ejercitar la acción, y basta obtener declaración de herederos.

En el terreno de los principios, la solución más justa del problema que hemos hecho notar al comentar el artículo, sería distinguir el caso en que el heredero omitido viviese al otogarse el testamento, siendo conocida su existencia por el testador, de aquel en que, ó naciese después ó se ignorase su existencia, aplicando en el primer caso la doctrina del art. 851, y en el segundo la del 814. Así viene á establecerse en los arts. 776 al 778 del Código de Austria, y así resultaba de los arts. 832 y 833 del

Código sardo. Así también se pondría en relación esta materia con la del art. 644 de nuestro Código, relativa á la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos.

Casos en que no produce efecto la preterición.—Según el último párrafo del art. 814, si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución de heredero surtirá efecto,

En realidad, en este caso lo que ocurre es que el omitido fué un heredero forzoso presunto, quo no llega á serlo realmente por no sobrevivir al testador, ó lo que es lo mismo, que no hubo verdadera preterición, porque no recayó en un heredero forzoso.

La disposición, sin embargo, es lógica cuando al morir el presunto heredero omitido no queda persona que pueda quejarse ni ser perjudicada por la preterición. Pero no hay que olvidar el derecho de representación. Así, si el omitido es un hijo legítimo y al morir dejó descendientes, éstos adquieren su derecho á legítima, y si fueron preteridos, se anulará la institución. Del mismo modo, si muere el descendiente único y en el testamento se omite el ascendiente, que queda como heredero forzoso, hay preterición y surte efecto. Esto prueba que la preterición siempre ha de apreciarse con relación á las personas que resultan ser herederos forzosos al tiempo de morir el testador, no con relación á los que no llegaron á serlo.

A la muerte se equipara la presunción de muerte en caso de ausencia, y el hecho de no nacer en condiciones de vida el hijo concebido al morir el testador.

Si el heredero forzoso preterido hubiera recibido del testador por cualquier título lucrativo una porción igual ó mayor que la que le correspondía por su legítima, no produce efecto su preterición: doctrina que resulta de la relación entre los arts. 814, 815, 817 y 819.

Códigos extranjeros.—Además de los Códigos citados de Austria y Sajonia, los párrafos 1.º y 3.º del art. 814 son iguales á los de los arts. 3484 y 3485 de los Códigos de Méjico y Campeche, y 958 del de Veracruz. En Francia, Bélgica, Italia y Portugal no existen artículos concordantes.

ARTÍCULO 815

El heredero forzoso á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.

Precedentes.—Conforme la ley 5.ª, tít. 8.º, Partida 6.ª, con el derecho romano, en la ley 30, tít. 28, libro 3.º del Código, y en la Novela 115, capítulos 3.º y 4.º, determinaba que el heredero forzoso á quien el testador dejase algo en su testamento por título de herencia, no podría quebrantar el testamento, teniendo sólo una acción para pedir el complemento de su legítima; pero que si lo dejado era á título de legado, fideicomiso ú otro título distinto al de heredero, el testamento era nulo en cuanto á la institución, aunque lo dejado equivaliese á la legítima.

El art. 645 del proyecto de Código de 1851 innovó esta doctrina, que, como dice García Goyena, atendía más al honor del título que á la realidad de la cosa, y copia de ese artículo es el 815 que nos ocupa.

Comentario.—Lo expuesto al final del comentario del artículo anterior relaciona la doctrina de dicho artículo con la del 815.

Como dice Goyena, en el caso de preterición puede presumirse ignorancia ó falta de memoria en el testador; en el de dejar algo al heredero forzoso, no. Éste no se encuentra privado totalmente de su legítima: ha recibido por cualquier título una porción de los bienes hereditarios, porción que no alcanza á completar la legítima, pero que influye poderosamente en el ánimo del legislador para decidirle á adoptar una solución bien diferente de la señalada para el caso de preterición.

El testador no ha olvidado por completo al heredero forzoso: le ha dejado bienes; pero haciendo un cálculo equivocado, ha repartido en favor de extraños ó en favor de otros legitimarios por vía de legado, donación ó mejora mayor cantidad de la que la ley le consentía disponer. El heredero forzoso no puede perder

su legítima, pero tampoco puede pedir más que la misma. De aquí su derecho á reclamar solamente lo que le falta; el complemento de la porción que forzosamente le corresponde.

¿Qué quiere decir en el art. 815 *haber dejado por cualquier título*? ¿Se exige que la disposición conste en testamento?

Las palabras *testador* y *dejar* entendidas en su sentido propio, son aplicables al que otorga testamento y á las disposiciones en éste contenidas. El que dona no se nombra testador, ni propiamente deja nada al donatario; entrega, dona ó transmite. Dejar el testador por cualquier título, equivale á disponer en testamento por título de herencia, legado ó mejora, y en favor de legitimarios, de alguna cantidad ó porción de bienes menor que la legítima ó igual á la misma. Tal sentido, que es el más propio en el art. 815, no pugna tampoco con la doctrina de la ley. Cuando en el testamento se deja algo al heredero forzoso, la preterición es incompleta es más formularia que real. Cuando en el testamento nada se deja al legitimario, hay verdadera preterición.

¿Deduciremos de aquí que el heredero forzoso, á quien el testador entregó durante su vida algo equivalente á su legítima, puede pedir la nulidad de la institución de heredero, si es preterido, ú omitido en el testamento? Entendemos que no. El espíritu del art. 815 resulta evidente: cuando el heredero forzoso no ha sido olvidado por el testador, cuando ha tomado algo de los bienes hereditarios, sólo puede reclamar que se le complete su legítima. La letra del artículo, aunque aplicable especialmente á las disposiciones testamentarias, no repugna su extensión á todo acto de disposición del testador por título lucrativo. Y además, el párrafo 1.º del art. 819, al decir que las donaciones hechas á los hijos se imputan á su legítima, demuestra que lo que los herederos forzosos reciben en vida del testador de éste, se entiende como recibido por su legítima en el momento de su muerte, y, por consiguiente, como dejado por el testador á título de herencia.

A pesar de la preterición, que es también más formularia

que real, la ley no consiente que sea anulada la institución cuando el heredero forzoso, preterido al parecer en el testamento, carece de razón para quejarse de la conducta del causante, por haber recibido de él, en virtud de cualquir título, bienes que tal vez excedan de lo que le corresponde por su legítima. Pongamos un ejemplo, el más sencillo. A. dona en vida á su hijo único B. 48.000 pesetas; después hace testamento, instituyendo por heredero á C., padre ó hermano del testador y omitiendo á su hijo. Deja un caudal efectivo de 27.000 pesetas. La donación hecha al hijo es colacionable, por lo que, no habiendo deudas, el haber hereditario ascenderá á 75.000 pesetas, y la legítima del hijo á 50.000. B., fundándose en la preterición y en el artículo 814, pide que se anule la institución de heredero. C. excepciona los arts. 815 y 819 con el 817, según los cuales sólo puede pedir B. 2.000 pesetas, complemento de su legítima. ¿Sería justo fallar en favor de B.? Creemos indudable que, á pesar de la preterición aparente, la doctrina aplicable es la del artículo 815.

Un caso análogo, pero más claro y evidente, es el resuelto en la sentencia de 16 de Enero de 1895. Un soltero sin ascendientes legó una casa y una renta vitalicia á una niña, é instituyó por herederos en el resto de sus bienes á sus hermanos. Después reconoció á esa niña como hija natural y falleció sin modificar el testamento. La madre pretendió que fuese anulada la institutición de herederos, y se declarase única heredera á la hija natural, y habiéndose opuesto los hermanos, resuelve el Tribunal Supremo que «si bien declara el art. 814 que la preterición de los herederos forzosos anulará la institución de heredero, establecen el 815 y 817 que el herero forzoso á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de lo que le corresponda por legítima, podrá pedir el complemento de ésta, y que las *disposiciones testamentarias* que mengüen el importe de la misma se reducirán por inoficiosas»; que la hija natural no podía aspirar sino á la tercera parte del haber hereditario, y sólo este derecho debía reconocérsele, completándole lo que para ello

le faltase. En relación con el art. 814, deducimos de esta sentencia, que el Tribunal Supremo considera ese artículo aplicable á los hijos naturales, aunque no fuese él, sino el 815, el pertinente en el caso que la motivó; que el fallo habría sido idéntico, salvo la cuota, si se hubiese tratado de descendientes legítimos, y que la frase referente á que el hijo natural no podría aspirar, rigiendo el Código, sino á la tercera parte del haber hereditario, se escribe bajo la base del precepto del art. 815.

De este artículo se deduce también que el heredero forzoso que por cualquier título tenga recibida su legítima íntegra, ó más, nada puede pedir, pues tiene cuanto legalmente le corresponde.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1900, por más de un concepto importante, resuelve un caso especial relacionado con este artículo. Se establece la siguiente doctrina:

«El art. 815 del Código, complementario de los 813 y 814, que prohiben al testador disponer de las legítimas y determinan los efectos de la preterición de los legitimarios, faculta á éstos para pedir la integridad de la porción hereditaria que la ley les atribuye y de que el testador quiera privarles; pero cuando la voluntad del testador no se manifiesta claramente en tal sentido (el de privar en todo ó en parte de la legítima), el art. 815 no impide, y el 1037 expresamente sanciona que se acumule con lo que corresponda á la herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento, lo cual se ajusta á la sentencia de 16 de Enero de 1895, porque si bien en ella se limitó el derecho de una hija natural á quien el testador dejó una manda inferior á la legítima, á pedir el complemento de ella, hay que tener presente que en aquel caso fueron instituídos herederos voluntarios, y por lo tanto, con toda claridad resultaba la voluntad del testador de reducir al importe de dicha manda la participación de la hija en los bienes de su herencia, y de conformidad con los arts. 813, 814, 815 y 1037, procedía únicamente completar la legítima, respetando la libre testamentifacción en cuanto lo consienten los preceptos legales.»

Con arreglo á esta sentencia, cuya doctrina en general es aceptable, para interpretar con acierto el art. 815, hay que inspirarse muy principalmente en la voluntad del testador de limitar ó ampliar los derechos de sus herederos forzosos.

Después de publicada la anterior tercera edición de esta obra, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión que hemos planteado en el comentario, en el sentido de no ser aplicable el art. 815 á lo recibido por los herederos forzosos en concepto de donación. He aquí el caso y la doctrina de la sentencia de 17 de Junio de 1908, que es á la que nos referimos.

Un hombre casado tenía una hija natural á la que entregó en vida bienes suficientes para cubrir con exceso su cuota legitimaria, y otorgó después testamento afirmando que carecía de descendientes y de ascendientes é instituyendo por heredera á su esposa. La hija natural reclamó que se anulase la institución y se abriese la sucesión intestada. El Tribunal Supremo sienta la doctrina siguiente:

«El precepto claro y terminante del art. 814 del Código civil no consiente interpretación alguna, en cuanto á las consecuencias de la preterición en testamento de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, que no sea la de anular la institución hecha en favor de otro heredero, anulación que por sí produce natural y forzosamente la sucesión intestada para aquéllos sin restricción alguna, ni el supuesto del caso expresado en ese artículo puede confundirse con el otro del art. 815, consistiendo, por lo mismo, la única y verdadera cuestión de este pleito y del recurso, en si puede estimarse que haya preterición cuando el testador por un acto anterior ha favorecido, fuera del testamento, al heredero forzoso preterido en él, con alguna cantidad, ya en concepto de anticipo de legítima, ya por cualquier otro título, como donación *propter nuptias*, ó dote, constitutivas de la obligación de colacionar.» Dados los términos del expresado precepto legal, es obligado reconocer que la mención, el recuerdo ó preterición, donde tiene que resultar es en el expresado testamento, por ser éste expresión la más solemne y única

de la última voluntad de quien así dispuso, para después de la muerte, de sus bienes, para garantía y eficacia de lo que ha querido seguramente el legislador no dejarla envuelta en la sombra y oscuridad de la duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida á ignorancia de que existiera ú olvido ó propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce, supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad y que justifican la anulación de su expresión; por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados con el carácter de entre vivos.» La preterición resulta más acentuada por consignarse en el testamento por el testador que no dejaba *descendientes*.

Como se ve, la doctrina es clara y bien fundada, aunque atendiendo más á la letra que al espíritu del precepto. Ni ignorancia de la existencia de la hija natural, ni olvido ó propósito de burlar la ley, había indudablemente en el caso resuelto por la sentencia; pero la rotunda afirmación del testador en su testamento de carecer de *descendientes*, aun obedeciendo á razones fácilmente presumibles, hacen tan ostensible la preterición, que justifica el fallo. Se dice en éste que el recuerdo, la preterición ó *la mención*, ha de resultar en el testamento; ¿es que la simple mención del hijo y de lo entregado al mismo en vida por el causante, sería bastante para estimarse aplicable al caso el artículo 815 y no el 814? A. declara en su testamento tener una hija natural y haberle donado, como anticipo de legítima, determinados bienes ó cantidad, é instituye después por heredera á su esposa. No hay verdadera preterición, no hay privación total y tácita de la legítima; no debe, por tanto, aplicarse el art. 814; pero nada *deja el testador en su testamento* á su heredero forzoso. Si no se aplica en tal caso el art. 815, no sabremos qué artículo aplicar.

Nos parece más justa la doctrina que hemos aceptado en el comentario, siempre que no resulte claramente de los hechos que hubo en el testador ó causante, ó ignorancia de la existen-

cia del legitimario, ú olvido ó propósito de burlar los derechos que á tales herederos les reconoce la ley.

La acción para pedir los herederos forzosos el complemento de su legítima, se llamaba acción *expletoria* ó *ad suplementum*, y en opinión de la mayoría de los intérpretes, tiene el carácter de acción real, y por tanto, la duración fijada á las mismas.

Especialidad de la mejora.—Mientras no existen mejoras, el art. 815 sienta una regla absoluta. Cuando hay mejoras, la legítima, cuyo complemento puede pedirse por los descendientes, no está constituída por las dos terceras partes del caudal, como podría deducirse del art. 808, sino por el resto que quede de esas dos terceras partes después de deducido el importe de la mejora.

¿Que sucederá si el heredero preterido como tal hubiese sido mejorado? Si por título de mejora se le ha dejado en el testamento una porción menor que su legítima, sólo podrá pedir el complemento de la misma, con arreglo á la doctrina absoluta del artículo 815. Si su *legítima* la recibe completa, nada puede reclamar. Pero si el hijo fué expresamente mejorado en vida del testador, la donación, según el art. 819, se imputa primero en su mejora, y el exceso, si lo hubiere, se imputará en la legítima.

Códigos extranjeros.—Concuerda el precepto del art. 815 con los arts. 1189 y 1247 de los Códigos de Chile y Colombia, 3483 del de Méjico y 3600 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 816

Toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer á colación lo que hubiesen recibido por la renuncia ó transacción.

Precedentes.—El art. 816, copiado del 646 del proyecto de Código de 1851, como limitado á la legítima y á actos realizados entre los herederos forzosos y su causante, es nuevo en nuestra

patria. Como relacionada con él, puede, no obstante, citarse la ley 13, tít. 5.º, Partida 5.ª, en la cual el Rey Sabio prohibe la enajenación de la herencia que se espere de una persona determinada; pero permite la venta «de todas las ganancias ó derechos que han de venir por razón de heredamiento, onde quier que vengan».

Comentario.—El art. 816 tiende al mismo fin que los anteriores: respetar en absoluto la legítima; evitar que por cualquier motivo no llegue á manos de los legitimarios. La renuncia ó la transacción sobre la legítima es nula; si se lleva á efecto no puede obtenerse el fin que se desea: los herederos forzosos pueden reclamarla á la muerte del causante. Tal es el precepto del artículo 816.

La ley prohibe la renuncia de la legítima futura. La legítima futura es solamente una esperanza, no es un derecho adquirido. El que aparece como heredero forzoso futuro, puede no serlo realmente al ocurrir la muerte del testador, único momento en que por abrirse la sucesión es exigible la legítima. De todos modos, la renuncia tiende á contravenir el precepto legal, privando al legitimario de la porción que le reserva la ley, y siendo tal vez arrancada, prevaliéndose de circunstancias de momento, imponiéndola al legitimario, ó á cambio de promesas ó engaños; tal acto sólo se considera válido cuando se adquiere el derecho; cuando, muerto el testador, el heredero forzoso queda en libertad de aceptar ó repudiar la herencia.

La transacción, en vida del testador, presenta los mismos inconvenientes que la renuncia, por recaer sobre un derecho no exigible en el momento de su realización, y que puede inspirarse en el mismo fin de privar de su legítima al heredero forzoso.

La transacción es un contrato, sujeto como tal al precepto del art. 1271: «Sobre la herencia futura no podrán celebrarse otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división del caudal conforme al art. 1056.» La legítima es una parte de la herencia futura: como tal, no puede celebrarse sobre ella, en vida del testador contrato alguno, ni entre el

que la debe y sus herederos forzosos, ni entre éstos y otras personas. El art. 816 se refiere sólo á aquéllos, porque no cabe transacción más que entre los interesados en dar ó recibir en su día la legítima. Esta tiene para el testador el carácter de necesidad, pues quiera ó no quiera, pertenece al legitimario; pero no por eso deja de ser un heredero legitimario futuro. El art. 816 viene, por lo tanto, á ser un aspecto de la prohibición general contenida en el 1271.

Además, la transacción supondría en el causante alguna facultad ó derecho para disponer en cualquiera forma de la legítima, facultad incompatible con la naturaleza de dicha legítima, á no disponerse en favor del mismo legitimario. El causante no puede transigir ni contratar en forma alguna, en perjuicio de sus herederos forzosos, sobre derechos que no le pertenecen.

Habla el artículo de renuncia ó transacción *sobre* la legítima futura. Entendemos que la palabra *sobre* se refiere especialmente á la transacción. En cuanto á la renuncia, ha de ser *de* la legítima ó una parte de ella. Cualquiera renuncia de otro derecho ó contrato relacionado con la legítima, en que el legitimario no se desprenda de parte alguna de su derecho condicional futuro, no encaja en el marco del art. 816. Pero se prohibe toda renuncia, total ó parcial, extintiva ó traslativa (venta, donación, etc.), clara ó encubierta. Por lo demás, es evidente que nadie puede renunciar ni transigir por sí mismo, ni representado por otro, más derechos que los que le pertenecen ó pueden pertenecerle, y nunca los derechos de un tercero; aunque esto tampoco se comprenda dentro de los límites del artículo.

¿Qué extensión ha de darse á las palabras *legítima futura?* La ley supone actos realizados por el causante durante su vida sobre derechos que sólo nacen por virtud de su muerte, y son desde luego futuros; pero en la palabra *legítima*, con relación á los legítimos descendientes, hay que excluir la mejora. Las mejoras pueden constituirse en vida del mejorante, como una donación que puede no aceptar el donatario; cabe la promesa de mejorar á un hijo, y la de no mejorar á ninguno: actos no prohibidos en

el art. 816, y que consiente la naturaleza especial de la mejora; pero que no son admisibles con relación á la legítima corta ó estricta.

Tampoco ha de estimarse contrato sobre la herencia futura, ni es acto prohibido por el art. 816, el anticipo de legítima á un heredero forzoso. Las donaciones y condonaciones, en general, á pesar de haber de colacionarse en la herencia futura del que tiene herederos forzosos, son actos permitidos desde luego al dueño de los bienes, resulten ó no después las donaciones inoficiosas.

La palabra *podrán* del artículo no quiere decir, como alguien supone, que la validez ó nulidad del acto depende de la voluntad de los interesados; se refiere al derecho de los herederos forzosos para pedir, no la nulidad de la renuncia ó transacción, sino, á pesar de estos actos, su legítima. La renuncia ó la transacción son nulas; la ley las considera como no existentes, y por tanto, el mismo heredero renunciante puede reclamar la legítima como si no la hubiese renunciado, al tiempo de morir el testador. Pero no es esto sólo: la ley preve el caso de que el heredero forzoso hubiese recibido algo, fuese en metálico ó en otras cosas ó derechos, por la renuncia ó la transacción. No sería justo que pudiese reclamar su legítima y guardar además ese algo; la nulidad envuelve el acto por completo; el causante sigue debiendo la legítima íntegra: el heredero forzoso ha de devolver lo recibido en su caso, y como lo recibido debe proceder del caudal del causante, el art. 816 ordena que se lleve á colación como si siguiera formando parte del haber hereditario.

Los demás herederos forzosos á quienes perjudique el acto, pueden ejercitar las acciones que en cada caso les correspondan.

Jurisprudencia.—El Tribunal Supremo ha resuelto un caso relacionado con el art. 816, en sentencia de 6-7 de Marzo de 1894. Siendo en deber A. 30.000 pesos á su madre política B., y surgiendo entre ellos cuestiones, las transigieron en escritura pública, por la cual A. pagó al contado 10.000 pesos, se obligó á pagar 8.000 en dos plazos, y los 12.000 restantes quedaron en

poder del deudor en concepto de padre y representante legítimo de su hijo menor de edad, nieto de la acreedora, como anticipo á cuenta de la legítima que en su día pudiera corresponderle en la herencia de su abuela, fingiéndose para este efecto que la acreedora había recibido los 12.000 pesos del deudor y se daba por pagada de ellos, y que se los entregaba al padre, pero añadiéndose que si la legítima en su día fuese menor de esa cantidad, el deudor A. no estaría obligado á entregar á su hijo la diferencia ni á restituirla al caudal hereditario, sino que dicha diferencia quedaría en beneficio suyo, como condonación y quita que desde luego le hacía la acreedora.

A la muerte de la abuela B. varios herederos demandaron á A. para que se declarase nula la transacción en virtud de los artículos 816, 1271, 1259 y 1275, por contener un pacto sobre la herencia futura de la causante, y se le condenase á pagar á la herencia los 12.000 pesos que adeudaba. Declarada nula la transacción é interpuesto recurso, el Tribunal Supremo casa la sentencia apoyándose en la doctrina siguiente:

«Considerando que al pactarse en la cláusula 8.ª de la escritura, que los 12.000 pesos de que se daba por satisfecha Doña B., los recibió D. A. en concepto de pago de la legítima que á su hijo pudiera corresponder por herencia de aquélla, y que si dicha legítima fuese menor de la expresada cantidad, la diferencia cedería en favor del padre, no se contrata ni transige sobre la sustancia ni sobre la cuantía de los derechos sucesorios del menor en la herencia futura de su abuela, y no se hace otra cosa más que determinar el modo de satisfacer el padre una parte de su deuda, fijando como plazo el momento de la sucesión de la acreedora, y como cantidad el importe de la legítima, siempre que no sea mayor que los 12.000 pesos, sin renuncia alguna en nombre del hijo para el caso de que sus derechos legitimarios excedan de dicha suma.»

Estamos conformes con la doctrina de esta sentencia, que critica acerbamente un distinguido comentarista. El Tribunal Supremo atiende á lo que el acto significaba en realidad. Dada

la forma jurídica que se dió al contrato, puede sotenerse lo mismo En el caso que motivó el fallo hubo jurídicamente dos actos enlazados: uno, el pago de su deuda por A. á B. en la forma que estimaron conveniente, pues es lo cierto que ésta se dió por completamente pagada; y otro, la entrega, aunque fingida, de determinada cantidad al padre en concepto de representante de su hijo menor, como donación ó anticipo á cuenta de legítima, si bien con la aclaración de que si la legítima en su día resultase inferior á esa cantidad, la diferencia quedaría en beneficio del padre. Realmente en este caso resultaba una condonación; jurídicamente, más que condonación, había donación condicional por causa de muerte al padre, ya que la acreedora se dió por pagada de *todo* el crédito, y el padre dió por recibidos los 12.000 pesos.

Ni hubo renuncia de legítima ni transacción sobre la legítima: ésta en su esencia y en su cuantía no sufrió la menor modificación. No se contrató tampoco sobre la herencia futura, porque sólo hubo en la parte que nos interesa una donación ó anticipo de legítima al nieto, representado por su padre, y una donación condicional al deudor para el caso de que la legítima resultase en su día menor que la cantidad entregada anticipadamente.

¿Resultó, en efecto, menor la legítima? ¿Perjudicaba la donación ó condonación hecha al padre, la legítima de los otros herederos forzosos? Pues sin ser nula, debía reducirse ó rescindirse por inoficiosa, no en virtud de los arts. 816, 1271, 1259 y 1275, sino en virtud del 656 y el 819. ¿Podía el Tribunal declarar esa inoficiosidad ó anulación en todo ó en parte, aunque no se pidiese expresamente, por la íntima relación que se pretende existe entre lo reclamado y la realidad? Tampoco lo juzgamos posible: media el abismo que separa la nulidad de la rescisión. Probado el perjuicio para los legitimarios; demostrado que el exceso cedido no cabía en la parte de libre disposición de la causante, después de colacionarse ficticiamente en la herencia los 12.000 pesos, entonces es cuando debió pedirse y acordarse

la inoficiosidad, y como consecuencia, la reducción ó anulación de la donación.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1903, la escritura llamada de partición, otorgada por los padres con sus hijos, pactando condiciones especiales sobre la herencia futura, renunciando derechos, etc., encierra un acto nulo con arreglo á lo consignado en el art. 816.

La jurisprudencia francesa ha resuelto otros casos. Nula una renuncia ó transacción sobre la legítima futura, nulas son también como accesorias las garantías estipuladas. La transacción ó la renuncia sobre dos legítimas, una presente y otra futura, son nulas ambas si no pueden separarse, y en otro caso la primera será válida, y nula la segunda.

Códigos extranjeros.—El art. 891 de los Códigos de Francia y Bélgica prohibe la renuncia, aun en capitulaciones matrimoniales, de la herencia futura. El 1130 prohibe igualmente la enajenación. Análogo precepto contiene el art. 1118 del Código de Italia.

Son casi idénticos á nuestro art. 816, el 850 del Código de Uruguay, 961 del de Veracruz y el 3496 del de Méjico.

El 1226, párrafo 3.°, del Código de Chile, y el 1383 del de Colombia, dicen así: «Se mirará como repudiación intempestiva y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que le debe la legítima, para que pueda testar sin consideración á ella.»

ARTÍCULO 817

Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, á petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas.

Precedentes.—Con arreglo á la ley 1.ª, tít. 5.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, y á la 7.ª, tít. 12, libro 3.° del Fuero Real, limitábase la parte de libre disposición, habiendo descendientes, al

quinto de los bienes; disposición que vino á confirmar la ley 28 de Toro.

El art. 817 copia el 647 del proyecto de Código de 1851.

Comentario.—El art. 806 prohibe al testador disponer en *su testamento* de la porción reservada por la ley á los legitimarios, á no ser en favor de los mismos. El art. 636 declara que nadie podrá dar por vía de donación más de lo que pueda dar por testamento Estos artículos constituyen la base. Por título lucrativo no es posible disponer de la parte de bienes que por la ley corresponda á las legítimas de los herederos forzosos, ya produzca el acto sus efectos en vida del causante, ó después de su muerte.

De aquí arrancan los preceptos análogos en los arts. 817 y 654. Las *disposiciones testamentarias* que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán en lo que fueren inoficiosas ó excesivas. Las *donaciones* inoficiosas deberán ser reducidas en cuanto al exceso. Esta es la regla general, consecuencia de dicha base; es el correctivo, la sanción de lo establecido en los arts. 806 y 636.

¿Cómo se lleva á efecto la reducción? Los arts. 820, 821, 822 y 656 dictan las reglas para ello, previas las necesarias operaciones para dar cumplimiento á los arts. 818 y 819.

¿Quién puede pedir la reducción? La reducción *de las disposiciones testamentarias* inoficiosas sólo puede pedirse, según el artículo 817, por los herederos forzosos. La reducción de las *donaciones* excesivas puede pedirse, según el 655, por los que tengan derecho á la legítima ó á una parte alícuota de la herencia, y sus herederos y causahabientes. ¿Hay diferencia entre estas disposiciones? Entendemos que no. Los que *tienen derecho* á legítima, ó sea á una parte alícuota de la herencia, son llamados herederos forzosos, según el art. 806. Es evidente, por tanto, que aquellos dos artículos se refieren á unas mismas personas, y que sólo los herederos forzosos, determinados en el 807, pueden pedir la reducción de las donaciones, lo mismo que de las disposiciones testamentarias, que sean inoficiosas ó excesivas. Sólo á ellos in-

teresa la reducción en los casos de uno y otro artículo, y á ellos únicamente, ó á sus causahabientes, puede concederse la acción para pedirla.

Como complemento del presente, véase el comentario á dicho art. 655 (pág. 172 y siguientes del tomo 5.º)

Con arreglo al art. 817, son reducibles todas las disposiciones testamentarias inoficiosas, á título de legado, donación ó herencia. Se relaciona íntimamente este artículo con el 815, y también con el 814. Véanse dichos artículos y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 1895.

Cuando la disposición testamentaria sea una mejora á hijos ó descendientes, no pueden alegar los otros hijos que mengua su legítima, al efecto de reducirla por inoficiosa, mientras no exceda del tercio de los bienes que puede aplicarse á mejoras. En tal caso, la legítima de los hijos, á que se refiere el art. 817, no son los dos tercios del caudal, sino los dos tercios menos el importe de las mejoras.

Derecho transitorio.—Puede suscitarse, con arreglo á los artículos 654 y 817, una importante cuestión de derecho transitorio, en el caso de que, hechas donaciones antes de regir el Código, y muerto el testador después, á consecuencia de las nuevas legítimas creadas por dicho Código, deba tener la reducción un alcance mucho mayor que el procedente con arreglo á la legislación anterior. Esta cuestión se halla resuelta en la regla 12 transitoria: la herencia ha de repartirse con arreglo al Código.

Las donaciones fueron hechas bajo la base de haber de reducirse en cuanto perjudicasen á la legítima de los herederos forzosos. Como esta legítima no nace ni se sabe su alcance hasta el momento de morir el testador, la legítima reconocida por la ley vigente en ese momento, es la que no puede ser perjudicada. El donatario no tenía verdaderamente un derecho adquirido más que en cuanto á la parte de bienes de que el testador libremente podía disponer en el momento de su muerte.

Códigos extranjeros.—El precepto del art. 817 se contiene en

todos los Códigos que admiten la legítima. Los arts. 920 y 921 del Código francés establecen el principio de la reducción de las disposiciones *inter vivos* ó *mortis causa* que excedan de la cuota disponible, y el derecho que para ello asiste á los herederos forzosos ó sus derechohabientes. Igual precepto, en lo esencial, contienen los Códigos de Italia (artículo 821), Portugal (1789 y 1790), Chile (1187), Colombia (1245), Méjico (3482 y 3489), República Argentina (3601), Uruguay (952) y otros.

ARTÍCULO 818

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.

Precedentes.—Lo son en primer término las leyes 3.ª, tít. 11, Partida 6.ª y 8.ª, tít. 33, Partida 7.ª, según las cuales, á los efectos de la herencia, debe atenderse á la cuantía que tuvieren los bienes al tiempo de la muerte del testador, debiendo considerarse sólo como tal herencia, «los bienes é los derechos de algun finado, sacando ende las debdas que deuía, é las cosas que y falleren agenas».

El precepto relativo á la necesidad de agregar las donaciones colacionables para fijar el importe de la legítima, se encuentra en la ley 29 de Toro (5.ª, tít. 3.º, libro 10, Nov. Rec.), si bien, como veremos en el artículo siguiente, la imputación se hacía de distinto modo, y tales donaciones no siempre se tenían en cuenta para el efecto de las mejoras de tercio y quinto.

La misma ley 29 de Toro expresaba que, respecto á las dotes, para estimarlas inoficiosas, se atendiese al valor de los bienes en el momento de su constitución ó en el tiempo de la muerte

del testador, «según quisiere escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida ó mandada», y respècto á las demás donaciones, se atendiese siempre «á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte».

Comentario.—La disposición del art. 818 es absolutamente necesaria. De él se deducen tres consecuencias importantes: 1.°, que constituyen la herencia de una persona los bienes que quedan en la época de su fallecimiento, deduciendo previamente las deudas y cargas, con exclusión de las impuestas en el testamento; la diferencia entre el activo y el pasivo de los bienes del testador; 2.°, que todos los bienes donados, que sean colacionables, han de considerarse como formando parte del caudal del testador en el momento de su muerte; y 3.°, que, sin embargo, esos bienes donados sólo se agregan al caudal real ó existente después de hecha la deducción de las deudas, para que los acreedores no puedan aprovecharse de ellos.

El objeto de la operación establecida en el art. 818 es, según expresa, poder fijar el importe de la legítima. Como la legítima es la porción de que el testador no ha podido disponer por reservarla la ley á determinados heredero, podemos deducir que el verdadero objeto del art. 818 es llegar á conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para poder deducir la porción de que podía disponer, y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada, en efecto, la legítima, queda fijada la porción libre.

Los bienes de una persona, á los efectos de su sucesión, son los que deja en el momento de su muerte. Este es el momento determinante para conocer tanto su activo como su pasivo. Su fortuna puede aumentarse ó disminuirse en el transcurso de su vida. Sea la que fuere la causa de la disminución en su caso, hay que aceptar los hechos consumados, y respetar, por regla general, todos los actos realizados por el testador durante su vida.

Se exceptúan, sin embargo, las donaciones, porque todas se entienden hechas con la limitación establecida en el art. 636, ó lo

que es lo mismo, todas quedan en suspenso hasta la muerte del testador, porque siempre han de quedar en su día á salvo las legítimas. En este punto, los actos del testador sólo se respetan dentro de los límites en que pudieron válidamente hacerse las donaciones. Para fijar ó conocer estos límites se hace necesario agregar los bienes donados á los bienes existentes; mas no es preciso que el donatario se desprenda realmente de esos bienes haciendo su entrega á los representantes de la herencia; basta que se conozca el total importe de las donaciones, y se agregue ficticiamente á la masa real de los bienes.

Veamos ahora el procedimiento que hay que seguir para fijar la legítima con arreglo al art. 818.

A) *Masa activa de bienes.*—La forman todos los bienes pertenecientes al testador en el momento de su muerte, todo lo que constituye una utilidad ó un derecho del causante, los bienes tanto muebles como inmuebles y semovientes, créditos, efectos públicos, frutos y rentas pendientes, derechos reales, etc., que al tiempo de morir no hubiesen aún salido de su poder. Todo esto constituye una masa real ó efectiva de bienes, que forman el activo de la herencia. Los créditos incobrables pueden eliminarse, porque realmente no forman un bien ó un objeto útil.

Cuando haya de aplicarse el art. 812, véase el comentario de dicho artículo.

Formada la masa activa de los bienes que existen en la herencia y conocidamente pertenecen al testador, se procede á su estimación con arreglo á su estado en la época del fallecimiento, teniendo en cuenta el valor real y verdadero que tengan para todos, y nunca el valor de afección. La estimación no es necesario que se practique pericialmente; puede hacerse de común acuerdo entre todos los *interesados*, pero siempre atendiendo, como queda dicho, al verdadero valor; pues no hay que olvidar que las transmisiones por herencia se hallan sujetas al impuesto de derechos reales.

El valor de la nuda propiedad se calcula prudencialmente teniendo en cuenta la duración probable del usufructo. Por re-

gla general, el usufructo á favor del testador no figurará en su herencia, por deber extinguirse á su fallecimiento, y si fuere sucesivo en favor de sus herederos, arrancará de otro acto ó contrato distinto, y no debe figurar en la herencia del causante. En los demás derechos se tendrá siempre en cuenta su naturaleza especial y su carácter condicional ó puro.

B) *Masa pasiva.*—La constituyen las deudas y cargas existentes contra la testamentaría, también atendiendo á la muerte del testador: momento que separa todos los derechos y obligaciones de la herencia, de los que nacen después. Aquí se incluyen: 1.º, todas las obligaciones que consisten en dar; todas las que representen una baja en el caudal hereditario. Las deudas aún no vencidas también han de figurar en este lugar, puesto que han de pagarse á su vencimiento, y realmente disminuyen el haber partible; 2.º, las cargas que disminuyan el valor de los bienes, ya consistan en servidumbres, memorias pías, censos, hipotecas, etc. Por regla general, este segundo grupo de bajas del caudal va deduciéndose de los mismos bienes sobre que recaiga el gravamen; de modo que si se trata de un derecho de nuda propiedad existente en la herencia, se valúa sólo ese derecho, prescindiendo del otro que con él completa el dominio, ó se valúa el dominio y se deduce de él el valor del usufructo; si se trata de un censo ó de una servidumbre, se valúa la finca, y de ese valor se deduce el importe del capital del censo ó la estimación de la servidumbre, fijando el valor líquido que resulte; si se trata de una hipoteca en garantía de crédito, las fincas gravadas figuran por todo su valor, y entre las deudas se consigna la cantidad de que las fincas responden y los intereses en su caso; si se trata de pensiones ó rentas, entre las cargas se consigna el capital que representen, etc.

Las cargas impuestas en el testamento que nazcan verdaderamente de él, tienen distinto carácter, y como gravan de ordinario la porción libre, y en casos determinados el tercio de mejora, no han de bajarse del caudal, sino que después de fijada la legítima con arreglo al art. 818, serán baja en dicha porción li-

bre ó en dicho tercio de mejora, cumpliéndose ó no, según que perjudiquen ó no las legítimas.

Los gastos de entierro, funeral, etc., como posteriores á la época de la muerte del causante, no pueden figurar como una baja general del caudal hereditario. Se ha de atender siempre precisamente al activo y al pasivo que existiese en el momento de la muerte del testador, y en ese momento no existen tales deudas. Así lo confirma con toda claridad el art. 840 del Código, que es el único que directamente se ocupa de esta cuestión; pues los 902, 903 y 1894, sólo expresan que esos gastos han de pagarse, mas no dicen que hayan de deducirse del caudal. Para resolver esta duda basta el art. 818; el 840 no hace más que confirmarlo en un caso especial, cuando su deducción del tercio libre puede perjudicar la legítima de los hijos naturales.

La masa pasiva se baja de la activa, y si queda un resto, ese será el valor líquido de los bienes hereditarios.

C) *Agregacióm del importe de las donaciones.*—El art. 818 expresa que se agregarán las donaciones *colacionables* del mismo testador, ó hechas por el testador durante su vida.

¿Cuáles son las donaciones *calacionables?* El art. 1035 lo dice con toda claridad: lo son todo lo que un heredero forzoso, que concurre con otros que también lo sean, á una sucesión, hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste, *por dote ó donación ú otro título lucrativo.* Sólo las donaciones que reunan dichos requisitos son las que deben aportarse y acumularse á la masa hereditaria, por todo su valor, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. A esas donaciones son las únicas á las que se da el nombre de *colacionables*, según el tecnicismo forense y legal, tanto antiguo como moderno, y á ellas exclusivamente se refiere el art. 818 que estamos comentando.

No están comprendidas en dicha disposición las donaciones hechas á extraños ó las no colacionables, aunque sean inoficiosas: estas se rigen por otras reglas. El valor total de las mismas no pertenece á la herencia, ni puede distribuirse entre los herede-

ros forzosos, como el de las colacionables, y por consiguiente, no debe agregarse al de los bienes hereditarios. Hecha la liquidación de éstos, con inclusión de las donaciones colacionables, respecto de las cuales se tendrá presente lo que disponen los artículos 1035 y siguientes, se verá si aquéllas caben en el tercio de libre disposición; y si fueren inoficiosas ó excedieren de la cuota disponible, se reducirán, según las reglas de los artículos 820 y siguientes, como se previene en el 819. Y cuando el donatario restituya la parte de la donación que resulte excesiva, se distribuirá entre los herederos forzosos en la proporción que les corresponda, haciéndose para ello una partición adicional, si estuviere ya hecha y aprobada la del caudal hereditario, pues, si se promoviere cuestión sobre ello, no por eso ha de dejar de practicarse la partición, como para caso análogo se ordena en el art. 1050.

Esta es la opinión del autor director de estos *Comentarios*, el ilustre Sr. Manresa, que creyó deber modificar la doctrina contraria sostenida al comentar este artículo por el Sr. Morell, que entendía que á los efectos del art. 818 debían considerarse colacionables todas las donaciones hechas por el testador durante su vida, ya en favor de herederos forzosos, ya en favor de personas extrañas, por ser el fin de dicho artículo muy distinto al en que se inspira la colación especial ordenada en el art. 1035.

Para conocer exactamente el fundamento de ambas opiniones en tan interesante cuestión, puede consultarse el comentario del art. 1035, y los artículos publicados sobre el particular en la sección doctrinal de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomos 99 y 100, años 1901 y 1902.

El Tribunal Supremo ha entendido en asuntos relacionados con esta materia. La sentencia de 4 de Mayo de 1899, ha establecido la doctrina siguiente:

«El derecho de los herederos forzosos á que se cuente como *parte de la herencia* de su causante, imputable á la cuota hereditaria de libre disposición, el valor de las donaciones hechas por el mismo á *personas extrañas*, expresamente declarado en los ar-

tículos 818 y 819, lo estaba ya virtualmente en la legislación anterior, puesto que prohibidas las donaciones inoficiosas, ó sea las hechas con perjuicio de la legítima debida á los herederos forzosos, que había de quedar á salvo aun para después de la muerte de la donante, preciso era computar el importe de lo donado, cargándolo á la cuota hereditaria de libre disposición, para que á su vez quedara á salvo la cuota destinada á legítima; siguiéndose de ello que la circunstancia de haberse fundado y dotado por la causante el asilo de la Santa Espina bajo el imperio de la antigua legislación, no se opone á que el valor de esa liberalidad *se colacione* á su herencia, y que al estimar lo contrario se infringe el nominado art. 819, cuya disposición es aplicable al caso presente, conforme á lo dispuesto en la duodécima de las disposiciones transitorias de Código civil.»

Viene á confirmar esta doctrina la sentencia del mismo Tribunal de 16 de Junio de 1902, cuyo examen corresponde más oportunamente al comentario del art. 1035.

¿Cuál será el valor con que figuren los bienes donados? Parece á primera vista que, como en todo lo demás, debiera atenderse en esto al tiempo de la muerte del causante, y así se halla establecido en otras legislaciones. Nuestro Código ha adoptado distinto criterio. Han de figurar con el valor que tenían los bienes al tiempo de realizarse la donación. Así lo dice el art. 818; y así también se dispone en el 1045. «No han de traerse á colación, dice, las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación ó dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio. El aumento ó deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo y riesgo ó beneficio del donatario.»

Goyena explica el fundamento de esta novedad. «En el sistema, dice, se parte de un hecho cierto y de un derecho claro. La donación ó dote fué una verdadera enajenación, y poco importa que la cosa fuere mueble ó inmueble; se donó ó dió por lo que entonces valía. Este es el hecho. El derecho aplicable á este hecho no es menos claro. El aumento ó deterioro de la cosa, su

pérdida, aun casual, é inculpable, es para su dueño, que á su vez la pudo enajenar, y tal vez hayan ocurrido dos ó muchas enajenaciones.»

El procedimiento del art. 818 y su fin, resultará más claro con un ejemplo: S. hizo donaciones colacionables durante se vida por valor de 20.000 pesetas, A su muerte con descendientes, quedan en su poder bienes importantes 50.000, existiendo contra él créditos por 40.000. La operación es la siguiente: Masa activa, 50.000. Masa pasiva. 40.000. Diferencia ó líquido del caudal existente, 10.000. Agregando las 20.000 pesetas, importe de las donaciones colacionables, resultará como total haber partible, 30.000 pesetas. La legítima de los hijos son dos tercios, ó 20.000, y la porción libre, un tercio, ó sean 10.000. Como el causante dispuso de 20.000 durante su vida, las donaciones son inoficiosas y han de reducirse en cuanto á la mitad, cuya mitad extraída de las donaciones, ó sean 10.000 pesetas, en unión con las 10.000 del líquido de bienes existentes, completan la legítima de los hijos.

La operación no puede hacerse agregando antes las donaciones á los bienes existentes para deducir después las deudas, porque esto podría favorecer á los acreedores y perjudicar á los legitimarios. En el ejemplo expuesto, el resultado es idéntico, porque la masa real de los bienes es mayor que el importe de las deudas; pero siempre que estas deudas excedan al valor de aquella masa, el resultado varía por completo. Si en el ejemplo expuesto suponemos 60.000 pesetas de deudas, al deducir éstas después de agregar las donaciones, tendríamos: 50.000 (masa activa) más 20.000 (bienes colacionados), igual á 70.000, menos las 60.000 de deudas, quedan 10.000 para fijar la legítima, con lo que los acreedores cobrarían el total de sus créditos, aprovechándose del valor de los bienes donados, contra el texto del artículo 655. Hecha la operación sujetándose al art. 818, nunca puede ocurrir tal cosa. 50.000 de bienes, menos 60.000 de deudas, arroja un déficit de 10.000; en tal caso, no hay líquido, las deudas lo absorben todo, pero los acreedores sólo co-

bran 50.000 pesetas, reduciéndose en lo demás sus créditos, porque la colación y reducción de las donaciones sólo se verifica en interés y provecho de los legitimarios. El caudal total del testador para fijar la legítima, es sólo 20.000 pesetas, importe de las donaciones colacionables, las que se distribuirán entre los legitimarios, reservándose el donatario la parte que le corresponda.

La agregación de las donaciones colacionables al valor líquido de los bienes hereditarios sólo tiene lugar en el caso de haber herederos forzosos. Si éstos no existen, el testador pudo disponer libremente de todos sus bienes, entre vivos ó por causa de muerte, por título oneroso ó lucrativo, y, por tanto, las donaciones nunca pueden ser excesivas ó inoficiosas, ni exigen reducción siendo absolutamente innecesaria su agregación. En tal caso el procedimiento queda reducido á deducir el importe de las deudas del de los bienes existentes, siendo el líquido el caudal partible entre los herederos y los legatarios.

Códigos extranjeros.—Los arts. 922 de los Códigos de Francia y Bélgica y 822 del de Italia establecen, para fijar la legítima, la misma regla que nuestro art. 818, si bien en el primero aparece en forma algo dudosa lo relativo á la deducción de las deudas como operación anterior ó posterior á la agregación de las donaciones, y respecto al valor de éstas se tiene en cuenta el estado de los bienes en la época en que se hicieron y su valor á la muerte del testador. En el Código de Italia se sienta esta última regla con relación á los inmuebles, y la de nuestro Código respecto á los bienes muebles.

Son iguales al art. 818 que nos ocupa, los arts. 3487 y 3488 del Código de Méjico, 3602 del de la República Argentina y 962 del de Veracruz, y contienen precepto análogo el 1185 del Código de Chile y 1252 y siguientes del de Colombia.

El 1790 del Código de Portugal añade un último párrafo, según el cual, si la cosa donada hubiese perecido sin culpa del donatario, no se tendrá en cuenta al efecto de fijar las legítimas.

ARTÍCULO 819

Las donaciones hechas á los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.

Las donaciones hechas á extraños se imputarán á la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

En cuanto fueren inoficiosas ó excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.

Precedentes.—El art. 819 está tomado del 804 del proyecto de 1882, y no se contenía en el de 1851.

Leyes de Partida.—Se relaciona con este artículo las leyes 3.ª y 4.ª del tít. 15 de la Partida 6.ª Disponía la primera que la dote, ó el arra, ó la donación que el padre diere en casamiento á alguno de sus hijos se le imputase en su parte de herencia, á no disponer el testador expresamente lo contrario; pero que tales donaciones sólo se tuviesen en cuenta para la partición de bienes entre los hermanos, sin que nunca redundase su colación en favor de herederos extraños.

Disponía la segunda de las citadas leyes que las donaciones que, recayendo en los hijos, no les hubiesen sido hechas por razón de casamiento, no se imputarían en su parte de herencia, á no ser que pretendiesen que las donaciones hechas á otros hijos por razón de casamiento se contasen en su parte, pues en tal caso, para que entre todos los hijos existiese igualdad, debía tenerse en consideración todo lo donado con causa ó simplemente.

Leyes de Toro.—Con arreglo á las leyes 25, 26 y 29 de Toro, y á la 6.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, las donaciones por razón de casamiento se imputaban á la legítima de los descendientes, y las demás donaciones debían considerarse como mejora del tercio ó, en su caso, del quinto, aplicándose éstas, en cuanto al exceso, á la legítima.

Los artículos 819 y 825 del Código han modificado profun-

damente el derecho antiguo en esta materia, borrando la distinción establecida entre donaciones simples y donaciones con causa en lo relativo á su imputación, y prohibiendo toda mejora tácita.

Comentario.—El art. 819 supone ya conocida y determinada la porción legítima y la porción libre, y atendiendo á la cualidad de las personas á quienes resulten hechas las donaciones, dispone la manera de computarlas, ó la porción de bienes á que deben estimarse imputables.

Las donaciones á que se refiere el párrafo 1.° del art. 819 son las mismas que hemos señalado como colacionables al comentar el art. 818.

Separa el art. 819 las donaciones hechas á *los hijos,* de las hechas á otras personas extrañas. Se resiente la ley de falta de precisión en el lenguaje. Los padres y demás ascendientes no son extraños y tampoco son hijos. No nos referimos al cónyuge, porque entre cónyuges están prohibidas las donaciones. En cuanto á los hijos naturales, véase el art. 847, cuya doctrina se conforma con la del art. 819.

Creemos que el legislador sólo habla en el primer párrafo de hijos, por ser lo más frecuente que las donaciones se hagan por ascendientes á sus descendientes, y no por éstos á aquéllos; pero que, en realidad, lo que la ley quiso separar fueron las donaciones que se hacen á *herederos forzosos* de las que se hacen á otras personas distintas. Aun tratándose de *hijos,* sólo cabe imputar una donación á su legítima cuando les corresponda realmente tal legítima. El descendiente que no sea heredero forzoso, es un extraño, á los efectos del art. 819.

A) *Donaciones hechas á los herederos forzosos.*—No hay legítima hasta el momento de la muerte del testador: de modo que hasta ese momento no se sabe quiénes son los herederos forzosos. El párrafo 1.° del art. 819 sólo puede, pues, referirse á las donaciones hechas á personas que, al tiempo de morir el testador, resulten herederos forzosos, pues de otro modo la imputación á su legítima sería imposible. Además, la legítima tiene un límite; fuera de él no cabe imputación.

De aquí se deducen importantes consecuencias:

1.ª La donación hecha á un hijo, en el caso de que este hijo muera sin descendientes antes de morir el testador, no puede imputarse á su legítima, porque no llegó á ser heredero forzoso. La muerte de ese hijo deja sólo como herederos forzosos á los otros hijos, ó motiva el llamamiento de los ascendientes como legitimarios, ó extingue en absoluto todo derecho á legítima, por no existir personas á quienes se deba. En tales casos, la expresada donación ha de estimarse como si hubiese sido hecha á un extraño.

Si el hijo fallecido deja descendientes, éstos le representan, y en la legítima que deben recibir en representación de su padre, se imputará la donación.

2.ª Lo mismo ocurre cuando el hijo donatario fuese indigno de suceder ó hubiese sido desheredado. Si deja descendientes, éstos le representan. Si no los deja, la donación resulta haberse hecho á quien no ha llegado á ser heredero forzoso, y raro será el caso en que el donatario no pierda la donación.

3.ª En caso de renuncia del hijo donatario, el resultado es el mismo, aunque no se admite el derecho de representación. El art. 1036 permite al heredero forzoso repudiar la herencia y conservar la donación, pero la conserva como un extraño, por lo que, imputándose á la parte libre, ha de reducirse si resulta inoficiosa. No puede imputarse á la legítima, porque ésta, como parte de la herencia, ha sido renunciada por el hijo.

4.ª Las donaciones hechas á los ascendientes, sólo se imputan en su legítima, cuando tengan derecho á ella, por no haber descendientes que les excluyan.

5.ª Puede suceder que la donación hecha á un heredero forzoso exceda de la porción que por su legítima le corresponda. En tal caso ha de tenerse presente, como aplicable, lo dispuesto sobre la colación entre herederos forzosos, en los arts. 1035 y siguientes del Código.

La doctrina del primer párrafo del art. 819 parece á primera vista anómala. ¿Por qué no imputar á la parte libre las donacio-

nes hechas á los herederos forzosos, como se hace con las hechas á extraños? ¿No se hace á aquéllos de peor condición con tal medida? No tal; la ley presume con razón que el ascendiente que hace donación ó dota á uno de sus descendientes, ha querido hacerle un anticipo de legítima. La ley reserva una parte de los bienes del testador para sus herederos forzosos; si éstos han tomado ya en vida esos bienes ó una porción de ellos, debe presumirse que han tomado ya la parte que la ley les reservó; no deben poder pretender, además, su legítima, porque en tal caso se limitaría más de lo necesario la facultad del testador en la parte de libre disposición, y se establecería la desigualdad entre los hijos ó los herederos forzosos, aprovechándose éstos de la donación y del favor de la ley para tomar dos veces su legítima.

Caso enteramente distinto es aquel en que el testador disponga expresamente lo contrario. La ley quiere la igualdad, mas deja en libertad al testador para que la altere: primero, porque siempre hay una porción de la que puede disponer á su arbitrio en favor de herederos forzosos ó de extraños, y segundo, porque muchas veces la absoluta igualdad encerraría una gran injusticia. La ley sólo quiere que permanezca íntegra y libre la legítima.

Por aquel motivo, y fundándose en la naturaleza de la mejora, dispone el art. 819 que las donaciones que tengan el concepto de mejora, esto es, aquellas en que el causante expresamente, con arreglo al art. 825, manifestó su voluntad de mejorar, se imputen precisamente en el tercio de mejora. La voluntad expresa del padre no puede menos de respetarse por el legislador, siempre que quede á salvo la legítima estricta de los otros hijos.

Cuando existen mejoras, las donaciones hechas á los descendientes que sean herederos forzosos y no estén mejorados expresamente, se imputan sólo á la legítima estricta, por no ser posible otra solución, á no anular la mejora.

B) Donaciones hechas á personas que no sean herederos forzosos. Se imputan, según el párrafo 2.º del art. 819, á la parte libre de

que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

En todos los casos antes apuntados en que la imputación no puede hacerse á la legítima, porque ésta no corresponde al donatario ó por haberse agotado, la donación ha de imputarse á la parte libre. La imputación á la mejora sólo procede cuando el testador, al hacer la donación, haya manifestado de un modo expreso su voluntad de mejorar.

Las donaciones á los no herederos forzosos, en cuanto fueren inoficiosas ó excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los arts. 820 al 822 y 656. Esta disposición, que es la del último apartado del art. 819, repite la doctrina del 654, y se completa con la del 817, que se refiere á la reducción de las disposiciones testamentarias inoficiosas.

Hemos indicado que el art. 819 modifica en parte la legislación anterior, mas como la variación afecta á la mejora, haremos notar el alcance de la reforma y el derecho transitorio aplicable al comentar el art. 825.

Véase en el comentario del artículo anterior la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Mayo de 1899.

Códigos extranjeros.—Salvo en lo relativo al último párrafo del art. 819, relacionado con otros ya estudiados, no tiene dicho artículo concordantes en los Códigos de Francia, Bélgica, Italia, Portugal y Méjico.

El art. 843 del Código de Guatemala y el 1198 del de Chile, consideran como anticipo de legítima todo lo que los descendientes recibieren por cualquier título de sus ascendientes á no disponer expresamente el testador que se considerase como mejora.

ARTÍCULO 820

Fijada la legítima con arreglo á los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:

1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2.º La reducción de éstas se hará á prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

3.º Si la manda consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

ARTÍCULO 821

Cuando el legado sujeto á reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

El legatario que tenga derecho á legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

ARTÍCULO 822

Si los herederos ó legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, á instancia de cualquiera de los interesados.

Precedentes.—Pueden consultarse las leyes 1.ª y 2.ª del título 11 de la Partida 6.ª, y la ley 10 del tít. 15 de la misma Partida.

La primera, en la parte que nos interesa se reduce á sentar el principio de que los herederos forzosos pueden sacar su parte de todas las mandas y donaciones hechas por el causante.

La segunda, en lo relativo al legado de cosa *indivisible*, expresa que debe apreciarse ésta, y del *precio* de ella tomar cada interesado su parte.

La tercera, tratando de las cosas que pueden experimentar menoscabo al dividirlas, siendo posible su división, declara que aquel ó aquellos que la hubieren, pueden ser obligados á «dar por su parte á cada uno de los otros, tantos marauedis, quanto al asmare que podrian valer los sus partes que auian en aquella casa ó viña si partida fuesse; pudiendo también mandar al juez ante quien pidieren los herederos la partición, que quede sin dividir en poder de uno, pagando á los demás la estimación de lo suyo, ó en poder de todos.»

Los arts. 649, 650 y 651 del proyecto de Código de 1851 son iguales á los 820 al 822 de nuestro Código, omitiendo el 650 el segundo párrafo del 821, y refiriéndose el 649 en general á la reducción de las *disposiciones testamentarias* y el 820 á la reducción de *las mandas*.

Comentario.—Con arreglo á los arts. 817 y último apartado del 819, si con los bienes existentes no puede cubrirse la legítima, hay que recurrir á la reducción de las disposiciones testamentarias y de las donaciones.

El orden con que debe procederse á la reducción es el siguiente:

1.° *Las mandas ó legados y demás disposiciones que deban producir sus efectos por muerte del testador.*—El art. 820 sólo se refiere á *mandas ó legados;* pero es indudable, en virtud del art. 817 y del fundamento de la reducción, que se trata de toda *disposición testamentaria*, ó que produzca sus efectos después de morir el causante que mengüe la legítima de los herederos forzosos. Las donaciones por causa de muerte, que equivalen á legados, y la institución de herederos voluntarios, han de seguir la misma suerte. Los interesados pueden todos considerarse como legata-

rios de cosas determinadas ó particulares, ó de parte alícuota. Al copiar el art. 649, párrafo 1.º, del proyecto de Código de 1851, se cambiaron las palabras *disposiciones testamentarias,* sustituyéndolas por las de *mandas ó legados;* pero indudablemente no se pensó en alterar la idea, que subsiste idéntica.

La ley prefiere el derecho de los donatarios al de los legatarios, no procediendo la reducción de las donaciones hasta tanto que se hallen anulados todos los legados.

Este precepto es perfectamente lógico y racional. En primer lugar, el causante sólo ha podido disponer una vez de la porción libre, de modo que si la invirtió en donaciones, no puede ya disponer de ella para legados. Se presume que las últimas disposiciones son las que en realidad han perjudicado la legítima, por lo que en primer término deben reducirse las disposiciones de fecha más reciente, y como los legados y demás disposiciones testamentarias no producen efecto hasta el momento de la muerte del testador, son desde luego de fecha más reciente que las donaciones y deben reducirse en primer lugar. Además, las donaciones son por su naturaleza irrevocables, en tanto que los legados se refieren á bienes que no han llegado á salir del poder del causante; de aquí que la reducción de estos no produce la perturbación que la reducción de aquéllas. Por último, si se igualasen unas y otras disposiciones, al efecto de reducirlas paralelamente, dependería de la voluntad del testador el revocar en parte las donaciones, pues para ello le bastaría multiplicar el importe de los legados.

¿Qué orden se seguirá para reducir las disposiciones testamentarias? Se reducirán, dice el núm. 2.º del art. 820, á prórroga, sin distinción alguna. Teniendo todas esas disposiciones la misma fecha, no hay razón para otorgar preferencias: todas deben ser iguales y reducirse proporcionalmente, ó ser anuladas, si necesario fuese.

El precepto obedece solamente á esa idea, sentando una regla general. Lo que ocurre es que, como en el núm. 1.º al copiar el art. 649 del proyecto de Código de 1851, se sustituyeron

las palabras *disposiciones testamentarias* por la de *mandas* al decir el núm. 2.º: «La reducción de *éstas* se hará á prorrata, sin distinción alguna», parece referirse sólo á las mandas, y de este modo la alteración introducida en el núm. 1.º coloca al art. 820 en contradicción, aparente al menos, con el art. 887, según el cual, cuando los bienes de la herencia no alcanzaren á cubrir el pago de todos los legados dispuestos por el testador, se pagarán en primer término los remuneratorios, después los de cosa cierta y determinada, sucesivamente los declarados preferentes por el testador, los de alimentos y educación, y, por último, los demás, á prorrata.

Cuando no existan herederos forzosos podrá aplicarse perfectamente y con independencia el art 887; mas cuando existan herederos forzosos y *no alcancen* los bienes de la porción libre para pagar todos los legados, debiendo éstos, por tanto, reducirse, ¿se aplicará el art. 820 ó el 887?

Creemos que el art. 820 establece una regla general, y fundándose en que todas las disposiciones testamentarias producen sus efectos en la misma fecha, muerte del testador, quiere que todas, sin distinción, sean á título de herencia, legado ó donación, se reduzcan proporcionalmente. De modo que si el caudal del testador son 30 000 pesetas, y la porción libre 10.000, y ha instituído heredero en el tercio de sus bienes, y hecho, además, legados por valor de 10.000 pesetas, lo que el artículo establece es que estos legados y aquella institución sufran igual reducción del 50 por 100. Para reducir este 50 por 100 con relación al grupo de los legados, rige el precepto especial del art. 887. Para adoptar esta solución nos fundamos en que el legislador no pensó alterar la doctrina del proyecto de Código de 1851, dado que la alteración no tendría razón de ser; en que el artículo 926 de los Códigos de Francia y Bélgica sienta el mismo principio y exige la reducción á prorrata, sin ninguna distinción entre las disposiciones á título universal ó singular; en que el artículo 824 del Código de Italia expresamente manifiesta que si las disposiciones testamentarias exceden de la cuota disponible,

la reducción se hará proporcionalmente, sin ninguna distinción entre *herederos* y *legatarios*; en que el precepto del art. 887 de nuestro Código es especialísimo, y encierra una doctrina justa y racional, y en que, dada la necesidad de armonizar dos preceptos aparentemente contradictorios, dado su tenor literal, esa parece la solución más acertada.

El testador puede declarar que alguna disposición ó legado se respete con preferencia á los demás, ó que, por el contrario, sufra en primer término, si fuese necesario, la reducción, y en estos casos debe ser respetada la voluntad expresa del testador como dueño de la porción libre de sus bienes. A falta de manifestación expresa en tal sentido, se deduce claramente también su voluntad de estimar preferentes los legados en que declara que los hace para recompensar ó remunerar servicios, ó los que consisten en una cosa determinada, respecto á la cual es evidente que prefiere ese legado á los demás, ó aquellos á los que conceda cierta preferencia, aun sin hablar de reducción, en su caso, ó, por último, los que destina á alimentos ó educación. Interpretado en este sentido el segundo párrafo del núm. 2.º del artículo 820, puede también armonizarse el precepto de este artículo con el del 887.

2.º *Las donaciones*.—Anuladas todas las disposiciones testamentarias, y no hallándose aún completas las legítimas, se hace necesario proceder á la reducción de las donaciones.

En éstas se sigue el orden marcado en el art. 656. Primero se reducen y aun anulan, si necesario fuese, las donaciones de fecha más reciente, y se sigue así por orden inverso al de su antigüedad.

En las de la misma fecha, se atiende á la hora, si consta, y no constando, se reducen á prorrata y sin distinción.

Respecto á la acción para pedir la reducción, término para ello, personas á quienes se concede y efectos que produce, véase el comentario de los arts. 651, 654 al 656 y 817.

Reglas especiales relativas á la reducción de los legados.—Después de establecer las reglas generales, el legislador, en el nú-

mero 3.° del art. 820 y en los arts. 821 y 822, preve ciertos casos especiales, dictando reglas sobre ellos.

Estos casos son los siguientes:

1.° *Legado de usufructo ó renta vitalicia.*—El usufructo, las pensiones y rentas vitalicias no pueden sujetarse para su valuación á una regla general. Depende de la vida de la persona en cuyo favor se establecen, y aun cuando nunca puede hacerse un cálculo exacto, por ser la época de la muerte del usufructuario ó pensionista un hecho incierto, sin embargo, la edad y el estado de salud de esa persona permiten un cálculo probable ó aproximado, aunque naturalmente muy variable, según las circunstancias. ¿Cabe ó no el valor asignado á la renta ó al usufructo en la porción libre? No siempre habrá conformidad en este punto entre los herederos forzosos y los legatarios. De aquí el precepto del núm. 3.° del art. 820.

Los herederos quedan en libertad de cumplir ó no el legado. ¿Estiman que no perjudica á sus legítimas y cabe dentro de la porción libre, aun reducida en su caso? Pues cumplen la disposición testamentaria respetando el usufructo ó pagando la renta ó pensión. ¿Creen, por el contrario, que no cabe el legado dentro de la porción libre? Pues entregan al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador teniendo en cuenta los demás legados, en su caso, y la reducción procedente.

Como dice Goyena, «los legatarios del usufructo ó de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador; los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que son libres en ejecutar la disposición, si creen que no es inoficiosa ó excesiva, ó en reemplazarla, cediendo la parte disponible, si creen lo contrario».

La misma solución debe adoptarse en las donaciones de usufructo ó renta vitalicia, por existir identidad de razón y de conveniencia, como también expresa Goyena.

2.° *Legado de finca que no admita cómoda división.*—Por regla general las fincas que no admiten cómoda división son las urba-

nas. Habla el art. 821 sólo de fincas, pero por analogía ha de aplicarse su disposición á otros objetos que se hallen en iguales circunstancias, por ejemplo, una nave.

Los legados han de reducirse si perjudican á la legítima. Para ello, en ciertos casos, habrá necesidad de proceder á la división del objeto legado. Mas puede ocurrir que esa división no sea sencilla, que la cosa ó la finca, como dice el art. 821, no admita cómoda división. Se trata de una división material, de una separación real de partes. La división por partes intelectuales ó la proindivisión es siempre posible; y creemos que el precepto del art. 821 no impide que el heredero forzoso, de acuerdo con el legatario, convengan en la reducción del legado, si el objeto no cabe entero en la parte libre, mediante la asignación de partes proindiviso.

Mas ya sabemos que la ley es enemiga de la comunidad de bienes. A instancia de cualquiera de los partícipes puede reclamarse la división. Si la cosa no admite cómoda división, y sobre este particular nos referimos á los artículos 401 y 404, ya por ser esencialmente indivisible, caso al que con mayor razón cabe estimar aplicable el precepto, ya por quedar inútil para el uso á que se destinaba, el art. 821 determina lo que debe hacerse.

O el legatario es sólo legatario, ó tiene además derecho á legítima.

A) En el primer caso, al tratar de reducir el legado, la finca quedará para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y, en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en *dinero* precisamente, á no convenir los interesados cosa distinta.

Mas el legatario puede no convenirle quedarse con la finca, en el primer caso, por no poder abonar en metálico la diferencia ó por otro fundado motivo, y entonces los herederos forzosos podrán hacer la finca suya, abonando al legatario lo que le corresponda, en dinero (más de la mitad del valor). Viceversa, si los herederos forzosos no quieren usar de su derecho, en el caso se-

gundo, los legatarios, si son varios, ó el legatario, podrán quedarse con la finca, pagando el exceso de su valor. Y en último término, si ni el legatario ni los herederos forzosos pueden quedarse con la finca ó no quieren hacer uso del derecho que les concede la ley, se venderá la finca en pública subasta, á instancia de cualquiera de los interesados, sin que sea necesario que la subasta sea judicial, y se dividirán el precio según corresponda.

Mediante la necesidad de reducir el legado queda la finca proindiviso entre los herederos forzosos (el grupo entero), de una parte, y el legatario ó legatarios á quienes determinadamente fué legada, de otra. Los demás legatarios, si los hay, son extraños á la cuestión. La ley concede el derecho á los partícipes proindiviso nada más; pero si, siéndolo, hay varios herederos ó varios legatarios, el derecho pertenece lo mismo á cada grupo que á cada uno de los individuos que lo forman.

¿A quién corresponderá el derecho de hacer suya la finca cuando la reducción del legado absorba precisamente la mitad de su valor? La ley no preve este caso; pero tenemos por cierto que el derecho de retener la finca pertenece en primer término al legatario, porque tal solución es la que más se conforma con la voluntad del testador, el cual quiso dejarla á dicho legatario.

B) En el segundo caso, el legatario que tenga derecho á legítima podrá retener toda la finca legada con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima. Si aun excede, ha de tenerse presente el art. 828, según el cual, la manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes podrá reputarse mejora cuando no quepa en la parte libre, aunque no la haya declarado expresamente el testador. Luego cuando se trata de hijos y el testador no ha dispuesto del tercio de mejora expresamente, cabe que, superando el valor de la finca al de la parte libre, se entienda mejorado el legatario en cuanto al exceso. ¿Será imputable el legado primero al tercio de mejora dentro de la legítima, ó computándole primero en ésta, entendida en sentido es-

tricto, se extenderá después si aun excede el valor del legado al tercio de mejora? Examinaremos esta cuestión al examinar el artículo 828.

Si se trata de otros legitimarios, ó aun tratándose de hijos ó descendientes legítimos, el tercio de mejora ha sido ya absorbido, por disposición expresa del testador, en favor de otros descendientes distintos del legatario, al exceder el valor de la finca de la porción disponible y de la legítima, se han de seguir reglas análogas á las expresadas anteriormente, en el caso de no ser el legatario heredero forzoso.

Lo mismo en este caso que en el anterior, y en el de legarse un derecho de usufructo ó renta vitalicia, han de tenerse en cuenta los demás legados, si existen, y la reducción procedente según las reglas generales.

Para comprender mejor la doctrina de estos artículos, pondremos un ejemplo. El testador ha legado á B., una casa cuyo valor es de 30.000 pesetas; á C., un derecho en usufructo, y á D., alhajas determinadas que valen 10.000. El haber hereditario, deducidas deudas, es de 90.000 pesetas; la porción libre, por quedar descendientes, son 30.000 pesetas; el valor del usufructo se calcula en 10.000. Hay un exceso legado de 20.000 pesetas y se hace necesaria la reducción. La proporción para reducir cada legado es la siguiente: *cantidad total en legados: la porción libre: el importe de cada legado: x (cantidad á que debe quedar reducido);* con lo cual corresponderán al primer legatario 18.000 pesetas, al segundo 6.000 y al tercero otras 6.000. Abora bien: respecto á la casa, si no admite cómoda división, como la reducción no absorbe la mitad de su valor, puede tomarla entera el legatario, pagando en metálico á los herederos 12.000 pesetas, que es el exceso que puede decirse que compra. Respecto al usufructo, los herederos, ó han de cumplir íntegra la voluntad del testador respetando el derecho en absoluto, ó tendrán que entregar al legatario 6.000 pesetas, que es la cantidad de que, teniendo en cuenta los otros legados y la reducción, pudo disponer libremente el testador.

Si el legado á D., no fuese de cosas determinadas, entendemos que, con arreglo al art. 887, quedaría anulado, por ser preferente el pago de los legados de B. y de C., reduciéndose los de éstos á prorrata.

Códigos extranjeros.—Quedan expuestos los preceptos de los artículos 824 del Código de Italia y 926 de los de Francia y Bélgica. En éstos sólo se añade que el testador podrá declarar preferente el pago de algún legado, en cuyo caso se respetará su voluntad, lo cual también se dispone en el art. 825 del Código de Italia, y en el 3491 del de Méjico, previendo este Código, en el artículo 3490, el caso en que el testador haya señalado algún legado para que se reduzca con preferencia á los demás.

Con el último párrafo del art. 820 concuerdan los 810 del Código de Italia, 1788 del de Portugal y 3492 y 3493 del de Méjico, si bien en el de Italia se añade, que si el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una cuota superior á la parte libre, los herederos forzosos podrán usar también del derecho concedido á los legatarios de usufructo; en el de Portugal no se concede opción expresamente á los herederos, limitándose el legislador á disponer que se entregue al legatario hasta el límite de que el testador pudo disponer, y en el de Méjico se preve otro caso especial.

Por último, los arts. 821 y 822 de nuestro Código concuerdan con los arts. 2777 y 2778 y 3494 del Código de Méjico, aplicables lo mismo á la reducción de los legados que á la de las donaciones, y con el art. 826 del Código de Italia.

SECCIÓN SEXTA

DE LAS MEJORAS

I

Objeto y fin de la mejora.

La imposición de la ley al señalar una porción de bienes como herencia forzosa de los descendientes legítimos, se halla mode-

rada con la concesión á los ascendientes de dos especiales facultades que sostienen su prestigio y autoridad en la familia: la facultad de mejorar recompensando ó beneficiando al hijo que lo merezca, y la facultad de desheredar privando de legítima al descendiente indigno del beneficio que quiso la ley concederle.

La mejora nació con la legítima y la ha acompañado á través de los siglos. Enamorados de una falsa idea de igualdad, el Fuero Viejo de Castilla y los Fueros Municipales condenaron la mejora; pero aquellos cuerpos legales de carácter más general que constituían el derecho común y genuínamente español en la Península, tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las leyes de Toro, y con éstas la Nueva y la Novísima Recopilación, han venido siempre proclamando y aceptando el principio de la mejora. En vano el Rey Sabio, prescindiendo en absoluto del elemento patrio germano, quiso implantar una legislación más ó menos perfecta, pero en pugna muchas veces con el derecho de Castilla; publicáronse las Partidas, mas la mejora, arraigada en las costumbres, no por eso desapareció, como lo prueban las leyes del Estilo, primero, y las célebres leyes de Toro, después.

Si repasamos los Códigos extranjeros, observaremos como regla general la ausencia de esta institución. Sólo los pueblos americanos en que ondeó un tiempo la bandera española y rigió el derecho de Castilla, no han olvidado ese medio de compensar el rigor igualitario de las legítimas, esa preciosa facultad del padre, y la han acogido cariñosamente en sus Códigos: Chile, Guatemala y Méjico demuestran la exactitud de esta afirmación.

Nada más hermoso en apariencia que el principio de igualdad que informa la legítima. Todos los hijos iguales: nada de preferencia ni de irritantes privilegios, nada de mayorazgos, ni de hereu, ni pubilla; varones y hembras, mayores y menores, todos son hijos y todos merecen igual cariño é igual consideración. Mas á poco que se reflexiona, fácil es observar que esa igualdad tan hermosa en apariencia, conduce en realidad y fatalmente en muchas ocasiones á la desigualdad y á la injusticia. La salud, la inteligencia, el carácter, la fortuna, la lucha de la

vida, establecen bien pronto la desigualdad entre seres, descendientes de un mismo padre, que nacieron iguales. El hijo robusto no cuenta con los mismos elementos de vida y resistencia que el hijo débil y enfermizo; el inteligente no puede equipararse con el torpe, el loco ó el idiota; el cruel, infame, vicioso ó egoísta no merece la misma consideración que el que se sacrifica por los que le dieran la existencia, el que observa una conducta digna y generosa ú honra á sus antecesores; el que ha logrado conquistar una posición desahogada é independiente, bien con su trabajo, bien por su matrimonio, ó por cualquier azar de la fortuna, no necesita igual ayuda y protección que el sér desvalido, abandonado por la suerte, pobre ó miserable, que en vano se afana para vivir independiente. Entre dos hijos iguales en salud, en inteligencia, en honradez, en cariño y en fortuna, bien pronto se establece la desigualdad, por tener uno de ellos muchos hijos, y otro pocos ó ninguno, por ser la esposa del uno económica y trabajadora, y la del otro orgullosa y pródiga, ignorante ó abandonada, ó por cualquier accidente imprevisto.

Pues bien: una institución que tiende á restablecer la igualdad irremediablemente alterada por la naturaleza ó por los hechos entre los hijos ó descendientes, no puede menos de mirarse con respeto y con simpatía, y debe conservarse, por su bondad intrínseca ante todo, por su utilidad dentro de la familia después, y por último, porque representa algo genuínamente nacional que todo español debe tener interés en que permanezca formando parte de nuestra legislación.

Se ha apuntado la idea de que, si bien la mejora debe subsistir, ha de ser exigiendo á los padres la expresión de una justa causa para mejorar. La idea es buena, porque la institución obedece al fin indicado: dar al padre relativa libertad para disponer de una parte de sus bienes entre sus hijos, premiando el cariño, recompensando los servicios, castigando la ingratitud, desvaneciendo ó borrando las desigualdades naturales, económicas ó sociales que puedan existir; y si así no se hace, si por el contrario se atienden las imposiciones del hijo más exigente, ó se

da más al que más tiene, ó se pretende ante todo la conservación en una sola mano de la mayor parte del patrimonio familiar, la mejora se convierte en un privilegio irritante, en un arma para destruir el principio que informa la legítima, es un medio de ahondar aun más las desigualdades económicas ó naturales que existan entre los descendientes. Pero la realización de tan buena idea creemos que produciría otro orden de inconvenientes tal vez peores que el mal que pretende evitarse: la alegación de una justa causa no sería suficiente, se exigiría su prueba, porque nunca faltaría quien la negase, ó quien se creyese más merecedor del beneficio, y de aquí cuestiones y pleitos, rencores y ruina en la familia; el padre buscaría un nuevo medio, el de una falsa enajenación, ó el de supuestas deudas, que también producirían cuestiones y perturbación. Es mejor que las cosas queden como están, no atar á los padres las manos, no violentar su iniciativa; que sepan los hijos que el padre puede usar libremente de la facultad de mejorar, y con ella conceder premio ó imponer castigo. No más trabas, no más limitaciones; en último término, entiéndase que se limita algo la porción destinada á legítima, que se amplía algo la libertad de testar, que se compensan y se equilibran ambos sistemas, destruyendo mutuamente sus inconvenientes y aunando sus ventajas.

II

Principales reformas que en materia de mejoras ha sufrido nuestra legislación.

Nuestra legislación sobre mejoras ha sufrido en el Código civil modificaciones de importancia. La doctrina dispersa en varias leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes del Estilo y Novísima Recopilación, completada con varias sentencias del Tribunal Supremo, se encierra hoy en los artículos 823 al 833 del Código.

La verdadera mejora hasta la publicación de este cuerpo le-

gal, era la del *tercio*; pero este tercio no era la tercera parte del caudal, sino la tercera parte de la legítima, ó sea de los cuatro quintos. El testador, teniendo descendientes, podía disponer libremente de un quinto de sus bienes; los cuatro quintos restantes constituían la legítima de los hijos, pero un tercio de estos cuatro quintos podía repartirlo á su arbitrio dicho testador entre sus descendientes, formando lo que se llamó mejora ó mejoría.

Aunque de la ley 9.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real dedujeron los intérpretes que el *quinto* no podía dejarse como mejora á los hijos, tal criterio no llegó á prevalecer, consintiendo expresamente las leyes de Toro que el padre dispusiese en favor de sus hijos del quinto de sus bienes y del expresado tercio, y de aquí vino la denominación de mejoras de tercio y quinto, denominación impropia en cuanto al último, porque nunca debió considerarse mejora lo que se dejaba á los hijos como podía dejarse á los extraños.

Los legisladores de Toro entendieron también que cuando el ascendiente durante su vida hacía donación á alguno de sus descendientes, distinguiéndolo de los demás, tal acto tenía una significación bien clara, por lo que sin necesidad de más expresión, esas donaciones debían considerarse mejora. Tal dotrina, contenida en la ley 26 de Toro como absoluta, aparece modificada en la 29, de la cual se deduce que cuando el padre al hacer la donación resultaba en cierto modo obligado á ello por una razón ó causa poderosa, como el matrimonio, no podía afirmarse que quisiera mejorar, sino sólo dar á cuenta, anticipar la legítima: mientras que en el caso de no haber esa necesidad relativa de donar, era evidente que se trataba de una mejora. Marcó aún más la diferencia, estableciendo una irritante desigualdad entre los hijos y las hijas, y prohibiendo en absoluto mejorar á éstas por contrato; la pragmática de 1554 (ley 6.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), en la que se decía: «Mandamos que ninguno pueda dar ni prometer, por vía de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda

ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que todo lo demás de lo aquí contenido, diere ó prometiere, según dicho es, lo haya perdido y pierda.»

En cambio de la prodigalidad con que se autorizaba en las leyes de Toro la consideración de mejora en toda donación sin causa, sentaron aquellos legisladores otra regla especialísima para computar la mejora, al ordenar en la ley 25 que el tercio y quinto de mejora no se sacase de las dotes y donaciones *proter nupcias*, ni de las otras donaciones colacionables. Como todas estas donaciones se tenían en cuenta para computar la legítima y no para computar la mejora, resultaba en muchos casos insignificante la cuantía de ésta, y aun á veces anulada al hacer la partición.

Si suponemos que un padre hizo donación simple durante su vida de 30.000 pesetas á uno de sus hijos, y que al morir dejó un caudal existente de otras 30.000, entendiéndose aquella donación mejora del tercio y quinto, para calcular el importe de ésta, sólo se atendía al caudal existente; el quinto sería 6.000, y el tercio de los cuatro quintos restantes 8.000, siendo por lo tanto 14.000 el importe total de la mejora. Como la donación fué de 30.000, la diferencia, ó sean 16.000, había de colacionarse para fijar las legítimas, resultando para éstas 46.000 pesetas, partibles con igualdad entre los hijos. De este modo, si el caudal existente hubiese sido de 300 pesetas, la mejora no podía exceder de 140 pesetas, y si no quedaban bienes, no podía haber mejora.

Tal vez esta regla tuvo por objeto evitar la gran desproporción que en otro caso resultaba entre el mejorado y los demás hijos en cuanto á su respectiva participación en el caudal hereditario; pero es lo cierto que la aplicación de esa regla resultaba absurda en ocasiones.

Hemos abarcado los puntos esenciales que aparecen modificados en la legislación anterior. No son esos los únicos, pues también se ha limitado lo referente á la irrevocabilidad, en ciertos

casos, de la mejora, y á las personas en cuyo favor podían establecerse gravámenes sobre esa mejora, y otros puntos secundarios. Pero al examinar los artículos del Código tendremos que estudiar la reforma con sus precedentes, y allí, con más oportunidad, detallaremos cada precepto y veremos los que se aceptan y los que se rechazan.

La ley 23 de Toro se halla embebida, digámoslo así, en el artículo 818, así como la 24 en el 814; y la 30, relativa á los gastos de entierro y funeral, como deducibles del quinto, se relaciona con el 840.

Como precepto enteramente nuevo, tomado de las legislaciones forales, sólo cabe señalar en esta sección el del art. 831, cuyo alcance é importancia examinaremos en su lugar.

Por último, se relacionan con la materia de las mejoras los artículos 620, 636, 647 al 656, 670, 782, 813, 814, 818 al 822, 835, 972, 1035, 1036, 1045, 1047, 1057 y otros varios.

El proyecto de Código de 1851, al ocuparse de las mejoras en los arts. 654 al 665, sentaba una doctrina que difería ya de la antigua, pero no ha sido por completo respetada en el Código vigente, si bien puede afirmarse que las reformas más esenciales, tales como las de los arts. 825 y 831, aparecían ya en dicho proyecto. En su lugar examinaremos las analogías y las diferencias que resultan.

III

Concepto y naturaleza de la mejora.

La palabra *mejora* tiene tres distintas acepciones: una vulgar y dos legales.

En sentido vulgar, *mejora* equivale á beneficio, y *mejorado*, á beneficiado con relación á otro.

En sentido legal, la palabra *mejora* puede aplicarse á la parte de la legítima de que el testador *puede* disponer con relativa libertad, ó á la parte de la legítima de que el testador *ha dispuesto* En el primer sentido define la mejora el art. 823,

como la tercera parte del haber hereditario de que pueden los padres ó ascendientes disponer con libertad entre sus hijos ó descendientes, siendo mejorados los que toman una parte mayor ó menor de ese tercio. En el segundo sentido, la mejora es la porción de que el testador ha dispuesto expresamente en favor de alguno ó alguno de sus hijos; y mejorados, los descendientes que por voluntad expresa de sus ascendientes han recibido todo el tercio de mejora ó alguna parte de él. En este sentido usa el legislador la palabra *mejora* en los arts. 825, 827, 828, 829 y 832.

La acepción vulgar no se confunde con las otras. Si suponemos que todos los hijos toman igual parte en el tercio de mejora por voluntad de la ley ó por voluntad del testador, todos estarán mejorados legalmente, y ninguno mejorado en sentido vulgar. Si el testador mejora desigualmente á dos de sus hijos, mejorado vulgarmente sólo aparecerá el que de ellos reciba mayor porción.

Entre las acepciones legales, si bien ambas son aplicables á la mejora en sentido objetivo como porción de bienes, al aplicarlas al sujeto activo ó pasivo de la misma no resultan igualmente propias. Así, *mejorar* es un verbo que indica acción, y si por mejora se entiende en abstracto el tercio del caudal que pertenece en general á todos los descendientes, y especialmente á ninguno de ellos, no es necesaria acción alguna para que exista mejora, ni, por tanto, tiene la palabra *mejorar* significación adecuada. Mejorar es, pues, el acto por el cual el testador dispone del tercio de mejora, ó usa del derecho que le conceden los artículos 808 y 823, en cuyo sentido emplean dicha palabra los artículos 826, 830 y 831.

Usando el legislador la palabra *mejora* en los dos expresados sentidos, como porción disponible ó como porción de que se ha dispuesto, es necesario también confesar que las frases *mejorado* y *no mejorado*, indican más bien un sujeto que ha recibido ó no ha recibido, en quien ha recaído ó no ha recaído una acción, la acción de mejorar, y por lo mismo que es más propio nombrar

mejorado al dascendiente en cuyo favor ha dispuesto el testador del tercio de mejora, que no aplicar tal nombre al descendiente en cuyo favor pudo disponerse del mismo tercio, ó á quien la ley le asigna por falta de disposición expresa del testador.

Pues bien: la naturaleza propia del tercio de mejora consiste en la *posibilidad* de disponer de él con libertad, el padre entre sus hijos ó descendientes, posibilidad de privar de ese tercio al que quiera entre los legitimarios, posibilidad de asignarlo á su arbitrio dentro del círculo que el legislador le traza, posibilidad de imponerle, dentro de ese mismo círculo, limitaciones, gravámenes, condiciones y sustituciones. Para que todo el tercio de mejora tenga esa naturaleza, no es necesario que el testador disponga, grave, ni limite; haga ó no uso de la facultad que el legislador le concede, los arts. 813 y 816, por ejemplo, sólo á la legítima estricta se refieren, y otros muchos artículos hablan del tercio de mejora, prescindiendo de si se halla ó no utilizado el derecho de mejorar por el testador. Además, aun cuando el derecho no se utilice, los hijos deben siempre ese tercio, no sólo á la ley que se lo asigna, sino también á su padre, que pudo y no quiso privar á alguno ó á varios de él.

Pero cualquiera que sea la naturaleza de ese tercio, si el testador no dispone de él en forma alguna, esa especialidad no se manifiesta de un modo claro, no llega á hacerse ostensible más que por el hecho de sufrir, en su caso, la legítima del cónyuge viudo. Esa naturaleza especial, latente en todo el tercio, desaparece sin dejar rastro alguno, muere oculta sin llegar á manifestarse, y es absorbida por la de la legítima, de cuyo seno pudo separarse y no se separó en realidad por no querer el testador. Dispone el Código de Chile, en el cual no se nombra legítima al cuarto de mejora, que toda aquella porción de este cuarto que el ascendiente no haya destinado á mejora se considerará legítima. En nuestro Código, según el artículo 808, la legítima de los descendientes la constituyen dos terceras partes del caudal; la mejora es desde luego legítima, y es natural que como tal se considere cuando el testador no ha usado de la facultad de me-

jorar. No hay que hablar, por tanto, de la naturaleza especial del *tercio* de mejora, aunque realmente exista, mientras la posibilidad de disponer de él con relativa libertad no se convierta en el hecho de disponer, mientras la facultad concedida no se ejercite.

Al ejercitarse la facultad, al convertirse lo posible en real, al disponer el ascendiente del tercio de mejora, ó de una parte del mismo, entonces es cuando se manifiesta con más claridad su naturaleza, cuando se hace práctica y visible, cuando la mejora se separa de la legítima y es algo enteramente distinto y especial.

Constituye esencialmente su naturaleza, en tal caso, ese ambiente de relativa libertad en que se inspira. Conserva algo de la institución de que se desprende; tiene algo de legítima, porque la ley establece para ella un límite infranqueable: ha de quedar en los hijos ó descendientes; pero ese sello de origen que da oscurecido ó pierde su importancia ante la facultad especial del testador para disponer dentro de los descendientes *á su arbitrio*.

El hijo mejorado debe á su padre la mejora, no la debe á la ley, la cual permanecería indiferente aunque se hubiese asignado á otro hijo ó á un nieto, y que así como consiente el beneficio de uno, consiente el despojo de los demás. Dentro ya de su círculo, ó sea entre los descendientes, el carácter de voluntariedad ó libertad se impone al de necesidad, y el mejorado deja realmente de ser heredero forzoso en esa porción, porque es escogido libremente por el testador.

Esta nota especial que queda marcada se enlaza con la más general que á la mejora corresponde como parte de la legítima. Como la legítima, la mejora es una parte de la herencia que no puede exceder del tercio de los bienes del causante. Pueden los ascendientes mejorar á sus descendientes por contrato durante su vida, ó en testamento para después de su muerte, y siempre representa para el mejorado una adquisición á título lucrativo. Aun en el caso de constituirse en virtud de contrato oneroso con

un tercero, y ser por ello irrevocable, constituye un beneficio, una adquisición, sin prestación equivalente por parte del mejorado, un título gratuíto. Fuera de esto, la mejora podrá tener más ó menos analogía con otras instituciones, pero no es ninguna de ellas. Así como tiene su naturaleza propia, tiene también su carácter especial.

Se pretende que la mejora es una donación por causa de muerte, porque sus efectos se subordinan siempre á la época de la muerte del testador. Decir donación, es decir título lucrativo, pero determinando la especie, y no cabe determinar. La especie es mejora, no es donación. Con decir donación no queda comprendida la naturaleza de la mejora, porque las verdaderas donaciones son las que producen sus efectos en vida del donante, y la mejora hecha en testamento sólo produce sus efectos por muerte del testador. Además, las donaciones son, por regla general, irrevocables, á no sobrevenir circunstancias especiales, y las mejoras son, por regla general, revocables por la sola voluntad del mejorante. Añadir á la palabra *donación* la especie por causa de muerte, es apartarse de la realidad en sentido opuesto: son muchas las mejoras que se constituyen por contrato y producen efectos en vida del mejorante. Nada significa que no puedan nunca exceder del tercio, que sean revocables casi siempre y estén sujetas á reducción; si por una parte las donaciones hechas por quien no tiene herederos forzosos no son reducibles, no dejan por otra de ser donaciones entre vivos las hechas por personas que tengan herederos forzosos, aunque deban colacionarse y sean reducibles y hasta anulables. Más aún: las donaciones por causa de muerte han perdido en el Código su naturaleza independiente, para ser igualadas con las demás disposiciones testamentarias, especialmente con los legalos. ¿Y puede considerarse la mejora en general como una disposición testamentaria? De ninguna manera; la mejora ha de caber en su tercio, como otras donaciones en el tercio libre de la herencia; pero puede producir efectos en vida del causante, lo que nunca ocurre con las disposiciones testamentarias. Lo repetimos: la mejora tiene

su naturaleza propia, especial é independiente, y es inútil buscar su parecido con otras instituciones.

Tiene la mejora indudablemente puntos de semejanza con la donación y con la sucesión, tanto á título universal como singular, por ser un título lucrativo. Sin embargo, el mejorado, como tal mejorado, prescindiendo de otros títulos, conceptos ó caracteres que puedan reunirse en él, ni es siempre un donatario, ni es propiamente el sucesor en los derechos y obligaciones del difunto, ni es un legatario; tiene algo de todos ellos y no es ninguno de los mismos. Por eso, atendiendo sólo á ciertos particulares aspectos de su derecho ó á ciertas cuestiones especiales, ha sido posible á los comentaristas considerar al mejorado como un heredero ó como un legatario ó como un donatario, sin que nunca en tales casos se abarque en su conjunto su verdadero carácter, que, como queda dicho, no es más que uno: el de mejorado.

ARTÍCULO 823

El padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes de una de las dos terceras partes destinadas á legítima.

Esta porción se llama mejora.

Precedentes.—La ley 1.ª, título 5.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, permitió mejorar, á alguno de los hijos ó á alguno de los nietos, sin que pudiera exceder de la tercera parte de su buena.

La ley 9.ª, título 5.º, libro 3.º del Fuero Real, decía: «Ningun home que hubiere fijos ó nietos, ó dende ayuso que hayan de heredar, no pueda mandar ni dar á su muerte más de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar á alguno de los fijos ó de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha que puedan dar por su alma ó en otra parte do quisiere, é no á ellos.»

Por último, la ley 18 de Toro establecía que «el padre ó la madre, ó cualquier de ellos, pueden, si quieren, hacer el tercio

de mejoría que podían hacer á sus hijos ó nietos, conforme á la ley del Fuero, á cualquier de sus nietos ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padres de los dichos nietos ó descendientes sean vivos, sin que en ello le sea puesto impedimento alguno».

Comentario.—Define el art. 823 la mejora como porción de bienes de que el padre *puede* disponer con libertad entre sus descendientes. Sobre este particular nos referimos al comentario del art. 808 y á las ideas generales expuestas en esta sección. Una cosa es la mejora como tercio que *puede* segregarse de la legítima, y otra cosa es la mejora como porción ya segregada ó separada por el padre al usar de la facultad que le confiere el art. 823. Aquélla, como simple facultad de posible realización, significa poco si se la deja morir sin ser realizada ó ejercitada. Este ejercicio es el que le da vida, ya en virtud de él hay realmente mejora y cabe hablar de sus efectos.

El art. 823, al definir la mejora, determina las personas que pueden mejorar, las que pueden ser mejoradas y la porción máxima que á mejora puede destinarse.

I. *Personas que pueden mejorar.*—El padre ó la madre, dice el art. 823. Más expresivo el art. 654 del proyecto de Código de 1851, hablaba de padres y ascendientes. No puede, sin embargo, existir duda alguna en esta materia, porque á continuación añade el art. 823, que podrán disponer (el padre ó la madre) en favor de alguno ó algunos de sus hijos *ó descendientes*, y si un padre puede mejorar á un descendiente que no sea hijo, es evidente que puede mejorar á un nieto, respecto al cual no será propiamente padre, sino abuelo. Pueden, pues, mejorar hoy, como antes, los ascendientes en general.

II. *Personas que pueden ser mejoradas.*—Lo expresa claramente el artículo: los hijos ó descendientes, y por tanto, el hijo, el nieto ó el biznieto, uno solo de ellos ó varios, nacido ó concebido al tiempo de morir el testador.

Tampoco cabe cuestión acerca de si pueden ser mejorados los hijos naturales. Es cierto que el artículo no distingue, mas por

lo mismo es evidente que se refiere á los descendientes legítimos. Sobre todo, el art. 823 viene á individualizar un precepto ya contenido en el art. 808, del que por una parte resulta que la mejora se saca de la legítima de los descendientes legítimos, y en el que por otra se expresa con toda claridad que una parte de las dos que forman la legítima pueden aplicarla los padres como mejora á sus hijos y descendientes *legítimos*. Como equiparados á éstos pueden ser mejorados los descendientes legitimados por subsiguiente matrimonio.

Más fundada que la anterior, se suscita en el Código la duda de si puede ser mejorado un descendiente que no sea heredero forzoso; esto es, un nieto cuyo padre viva y tenga derecho á legítima.

Resolvió esta duda la ley 18 de Toro. Menos explícito el artículo 654 del proyecto de Código de 1851, decía, sin embargo, que los ascendientes podían mejorar á *cualquiera* de sus hijos ó descendientes. García Goyena, como uno de los autores del proyecto, explicó el artículo en términos que no daban lugar á duda. «En el mismo artículo, dice, proponía yo que la mejora no pudiese salir de los hijos ó descendientes *herederos forzosos*, lo que envolvía la derogación de la ley 18 de Toro; pero tampoco en esta parte mereció la aprobación. «Conservóse, pues, esta disposición, y yo sacrifiqué gustoso el rigor de mi principio á poderosas consideraciones de equidad: un abuelo tierno y solícito ha de tener algún medio para proveer á la suerte de sus nietos, harto desgraciados con tener un padre disipador, y que por esto sólo no puede ser desheredado. Si en algun caso puede ser útil á los abuelos la facultad concedida por la ley 18 de Toro, es precisamente cuando no tiene más que un solo hijo, con nietos del mismo, porque si éstos no pudiesen ser mejorados, quedaría ilusoria la facultad de mejorar, y el abuelo desarmado; así es que yo admití esta excepción á pesar del rigor de mi principio.»

El art. 823 del Código vigente hasta suprime la palabra «cualquiera», con lo cual, y sin los indicados precedentes, y

otras razones que expondremos después, hay que confesar que en buena lógica no debía admitirse que la mejora saliese de los herederos forzosos. En efecto, es legítima la porción reservada por la ley *á los herederos forzosos*, y la mejora es una parte de la legítima. Corresponde ésta, según los arts. 807 y 808, *á los hijos y descendientes*, y una parte de la misma puede destinarse para mejorar *á los hijos y descendientes;* la forma de expresión es la misma, y si refiriéndose á la legítima no cabe admitir que un nieto tenga á ella derecho viviendo su padre, ya que en el orden legal de las sucesiones los descendientes de grado más próximo excluyen á los más remotos, la misma consecuencia hay que deducir refiriéndose á la mejora, la cual, como parte de la legítima, sólo corresponde en rigor de derecho á los herederos forzosos. La libertad concedida al ascendiente para disponer del tercio de mejora, aunque cambie en parte la naturaleza de ese tercio, no basta para arrancarle de los descendientes á quienes la ley confiere la legítima (1).

Sin embargo, poderosas razones de equidad movieron, sin duda, á los legisladores de Toro á consentir la mejora de un nieto, no obstante ser su padre el legitimario, y esas mismas razones inclinaron el ánimo de García Goyena á transigir en esta cuestión, no constando claramente que el Código que hoy rige haya tratado ó querido innovar la doctrina. Lejos de eso, los artículos 782 y 824 muestran con evidencia el criterio del legislador, favorable á la ley 18 de Toro. Consiente el primero de dichos artículos que las sustituciones fideicomisarias recaigan sobre el tercio de mejora, siempre que se establezcan en favor de los descendientes, sin consideración á la legítima. Permite el segundo de dichos artículos imponer gravámenes sobre la mejora en favor de los *legitimarios ó sus descendientes*. De aquí se deduce

(1) En este sentido aparecen escritos el art. 825, que sólo se refiere á las donaciones hechas á descendientes *que sean herederos forzosos;* el 829, que supone que la cosa determinada en que consiste á veces la mejora puede imputarse siempre *á la legítima*, y el 833, que habla de aceptar la mejora y renunciar la herencia, como si siempre fuese el mejorado un heredero forzoso.

la siguiente afirmación: El abuelo puede mejorar al nieto, viva ó no viva el padre. En efecto, legitimarios son los que tienen, según la ley, derecho á legítima. Los descendientes de los legitimarios, mientras viva su antecesor, no tienen derecho á legítima. La ley, al hablar de esos descendientes con relación á los legitimarios, supone indudablemente la posibilidad de que sobre la mejora se imponga por el abuelo un gravamen á favor de un nieto, viviendo el padre; porque si éste no viviese, el nieto sería el legitimario, y el gravamen podría establecerse en favor de sus descendientes. Este gravamen absorberá una gran parte de la mejora; por lo que, á pesar de existir hijos, la mejora puede pasar á los nietos, biznietos, etc.

Y si puede gravarse ese tercio ó privarse parcialmente de él á los legitimarios, á pesar de la prohibición contenida respecto á la legítima en el art. 813, del mismo modo ha de poderse privar totalmente del mismo á los herederos forzosos, porque el hecho es que se concede á los ascendientes libertad de disposición respecto á la mejora, y desde el momento en que no es ya la ley sino el testador quien escoge en cuanto á ese tercio sus sucesores, no cabe aplicar las reglas de los arts. 930 al 934, porque éstas sólo son aplicables á las sucesiones que regula la ley (legítimas y sucesión intestada). Tratándose de sucesores escogidos por el testador no hay más regla que la voluntad de éste. La mejora pertenece á los hijos y descendientes, á unos y á otros; el testador nó puede disponer fuera de ellos, pero sí escoger entre ellos á su arbitrio, por lo que no cabe preferencia en favor de los más próximos.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 15 de Junio de 1898 admitió esta doctrina, fundándose solamente en que no existe disposición alguna que expresamente prohiba mejorar á un descendiente que no sea heredero forzoso.

Con vista de los artículos 782, 808, 813, 815, 817, 823 y 824, el Tribunal Supremo resuelve de frente la cuestión en sentencia de 19 de Diciembre de 1903, cuyos considerandós transcribimos á continuación, por la importancia del asunto.

«Ha sido derecho tradicional de Castilla hasta la publicación del Código, claramente consignado en la ley 18 de Toro, que resolvió las dudas suscitadas entre los expositores y comentaristas acerca del verdadero alcance é interpretación de las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, referentes á la institución de las mejoras, la facultad reconocida al abuelo de aplicar el tercio de mejora en favor de sus nietos, aun con daño y menoscabo de la legítima de los hijos vivos, padres de éstos, viniendo por tal modo la ley á facilitar los medios para que el jefe de la familia pudiese atender las necesidades y conveniencias de ésta, dentro de las restricciones que la institución de la legítima le imponía, y como compensación á su falta de libertad para testar, como no fuese del quinto de sus bienes.»

«Tanto por los antecedentes de la legislación respecto de esta materia, como por el espíritu que presidió á la formación del actual Código, cual se consigna en la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, que no fué sino el de recoger el sentido y capital pensamiento del derecho histórico-patrio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la base del proyecto de 1851, en que aparece reiterada la misma facultad antes expresada, como por la tendencia que en dicho vigente Código se manifiesta, de otorgar mayor ensanche á la libertad de testar, sería ilógico dar á los preceptos de éste, que regulan la materia de las mejoras, una interpretación contradictoria de tales principios, mientras de ellos no se derivase claramente que la intención del legislador fué otra distinta.»

«No solamente no aparece semejante intención expresada en sentido contrario á lo tradicional, ni en la ley de Bases, ni en el Código, como seguramente se hubiera hecho constar de manera indudable, si aquélla hubiese sido la de variar ó modificar extremo tan importante de nuestra legislación, sino que, por el contrario, después de establecer el art. 823 que el padre ó la madre podrán disponer, sin distinción, á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes en concepto de mejora, de una de las dos terceras partes destinadas á la legítima, prescribe

el 824, que no podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes, revelando así esta oposición entre hijos y descendientes y legitimarios, con suficiente claridad, que el legislador ordena y autoriza bajo la impresión é influencia de la facultad tradicional reconocida á los abuelos, como, además, lo corrobora el art. 782, que, aun cuando se refiere á sustituciones fideicomisarias, se halla inspirado fundamentalmente en el mismo principio.»

III. *Porción destinada á mejora.*—La ley divide el caudal en tres partes iguales: una, que constituye la legítima estricta de los descendientes; otra, de la que el testador puede disponer con absoluta libertad, y otra, que forma la mejora (1). La mejora, quede en un solo descendiente ó en varios, no puede nunca exceder del tercio de los bienes. Pero así como el padre puede destinar todo el tercio á mejoras, puede también destinar á ese objeto sólo una porción dentro del tercio. La porción de que no disponga, esto es, la porción de que no ha querido privar á alguno ó algunos de sus descendientes en beneficio de otros, pertenece á todos los que entre ellos sean herederos forzosos, y se reparte como legítima, con igualdad.

No hay por tanto actualmente más mejora que la del tercio, lo cual no obsta para que el padre pueda dejar libremente también el tercio libre á sus descendientes, como puede dejarlo á un extraño; mas nunca será en concepto de mejora, sino á título de herencia ó legado de la parte libre. Del tercio de mejora puede disponer el testador durante su vida ó para después de su muerte.

El proyecto de Código de 1851 seguía otro criterio distinto, admitiendo la mejora proporcional. Un hijo sólo podía recibir como mejora una porción doble de su legítima estricta, con lo

---

(1) Tal fué la proposición del Sr. Comas, aceptada por la Comisión; así se redactó la base en que se funda en esta materia el Código civil, y se aprobó por las Cortes, y así resulta del art. 808. Tres tercios, cada uno de ellos con naturaleza propia é independiente.

cual la desigualdad nunca podía ser tan marcada como hace posible el sistema actual.

Legado en un testamento anterior al Código el quinto de los bienes de una persona, mejorando en el tercio á un hijo, y ratificado este testamento, después de la vigencia de dicho cuerpo legal, es indudable que la mejora sólo alcanza al tercio de los cuatro quintos de la herencia, y así lo declara el Tribunal Supremo para ese caso especial en sentencia de 4 de Mayo de 1899.

Códigos extranjeros.—En Chile, la mejora es la cuarta parte del caudal hereditario, con la que los ascendientes pueden favorecer á sus descendientes legítimos, á uno solo ó varios, sean ó no herederos forzosos (art. 1184). Lo mismo dispone el art. 1242 del Código de Colombia.

En Guatemala, la mejora consiste en un tercio, que puede asignarse á los descendientes legítimos, á los legitimados y á los ilegítimos reconocidos, sin preferencia alguna (arts. 839 y 840).

En Méjico, la mejora es la parte de libre disposición del testador, cuando se dispone de ella en favor de herederos forzosos (art. 3516).

ARTÍCULO 824

No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes.

Precedentes.—El verdadero precedente de este artículo está en la ley 27 de Toro (2.ª, tít. 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), la cual disponía lo siguiente: «Mandamos que quando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento ó en otra qualquiera última voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, así de restitución como de fideicomiso, y facer en el dicho tercio los vínculos y sumisiones y sustituciones que quisieren, con tanto que lo faga entre sus descendientes legítimos; y á falta dellos, que lo pue-

dan fazer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar; y á falta de los dichos descendientes, que lo puedan fazer entre sus ascendientes; y á falta de los suso dichos, puedan fazer las dichas sumisiones entre sus parientes; y á falta de parientes, entre los extraños; y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno ni condición en el dicho tercio; los cuales dichos vínculos y sumisiones, ora se fagan en el dicho tercio de mejoria, ora en el quinto, mandamos que valan para siempre ó por el tiempo que el testador declarare, sin fazer diferencia de quarta ni quinta generación.»

Comentario.—Separándose el art. 824 de la ley 27 de Toro, permite desde luego la imposición de gravámenes sobre la mejora; pero con una limitación natural: sólo en favor de los legitimarios ó de sus descendientes.

El precepto es lógico y racional. La facultad de disponer del tercio de mejora entre los descendientes corresponde al testador; la imposición de gravámenes sobre ese tercio es sólo un aspecto de la facultad de disponer.

Corresponde á la naturaleza del *tercio de mejora*, la relativa libertad de disposición concedida al ascendiente. No es, por tanto, condición indispensable que el testador mejore expresamente; puede asignar el tercio de mejora con igualdad á todos sus hijos, no estableciendo expresamente mejora alguna, y sin embargo, gravarle con un usufructo ó pensión en favor de un hijo ó de un nieto determinado. Estos quedarán realmente mejorados, aunque la mejora no consista en el dominio de los bienes, sino en otro derecho especial sobre los mismos ó en otra mejora ó beneficio. Mejorado un hijo en el dominio, también puede el testador limitar en cualquier forma su derecho. Los gravámenes pueden, pues, referirse á la mejora como porción disponible ó á la mejora como porción de que se ha dispuesto.

La ley se refiere al ascendiente que puede mejorar, y habla, por tanto, de gravámenes impuestos por su voluntad, voluntad que puede manifestar en testamento ó en contrato, en cualquier forma en que pueda constituirse la mejora.

¿A qué gravámenes se refiere la ley? A todos, puesto que no existe limitación: gravámenes de naturaleza real ó personal. Hay que considerar el art. 824 como antítesis del 813, como afirmación clara y categórica de la naturaleza especial del tercio de mejora, distinta en absoluto de la del tercio de legítima. Sobre el tercio de mejora pueden imponerse gravámenes, condiciones y sustituciones (usufructo, uso, habitación, servidumbres, censos, pensiones con ó sin hipoteca, condiciones de las que dependa la adquisición ó la extinción del derecho, limitaciones de todas clases, obligaciones, etc.). En cuanto á la sustitución, expresamente se faculta para la más grave de todas, la fideicomisaria, en el art. 782.

Como límite del derecho de los ascendientes para la imposición de gravámenes, sólo existe el de las personas en cuyo favor pueden establecerse. Estas son, según el art. 824, los legitimarios ó sus descendientes.

La palabra *legitimarios* es peligrosa. Legitimarios son todos los herederos forzosos, todos los que tienen derecho á legítima, los descendientes y los ascendientes, el cónyuge, el padre y el hijo natural, ó por lo menos los descendientes legítimos ó naturales y el cónyuge, ya que existiendo aquéllos no corresponde legítima á los ascendientes.

Y, sin embargo, el art. 824 no tiene tal alcance, no ha pretendido ni por un momento sacar derecho alguno inherente á la mejora de su cauce natural. Los arts. 808 y 823 fijan la regla: la mejora pertenece á los descendientes legítimos, no puede salir de ellos. Y contando con esto, apoyándose en una verdad ya conocida, permite la imposición de gravámenes sobre la mejora en favor de los legitimarios y de sus descendientes. De los legitimarios, esto es, de los descendientes del mejorante, á quienes, con arreglo al art. 808, corresponde la legítima de que se saca la mejora. De los descendientes de los legitimarios, esto es, de descendientes del mejorante, á quienes corresponde la mejora, pero no la legítima, por vivir sus padres y excluirles de la sucesión que regula la ley.

Además de los gravámenes que pueden imponerse por la voluntad del causante sobre la mejora, la ley grava ese tercio con la legítima usufructuaria del cónyuge viudo, caso en el cual, á pesar de no usar el testador de la facultad de mejorar y deber estimarse ese tercio como legítima, se consiente su gravamen, revelándose su naturaleza latente.

Códigos extranjeros.—El art. 1195, párrafo 2.°, del Código de Chile, y el 1253 del de Colombia, establecen que los gravámenes impuestos á los partícipes de la cuarta de mejoras serán siempre en favor de uno ó más de los otros descendientes legítimos.

No es dudosa la misma facultad ejercida en favor de las personas á quienes se puede mejorar, con arreglo á los Códigos de Guatemala y Méjico.

ARTÍCULO 825

Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.

I. *Precedentes.*—Ley 26 de Toro: «Si el padre ó la madre, en testamento ó en otra cualquier última voluntad, ó por otro algún contrato entre vivos, ficieren alguna donación á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar más de lo que más fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta en la quantidad del dicho tercio y quinto y legítima que debían aver de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en más.»

Ley 25 de Toro: «El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni

de las otras donaciones que los hijos y descendientes traxeren á colación ó partición.»

II. *Comentario.*—Comparando el art. 825 con la ley 26 de Toro se observa la radical reforma que ha experimentado en este punto nuestra legislación.

Ya en otro lugar, y en las consideraciones generales de esta sección, nos hemos ocupado de este asunto. La ley 26 de Toro aparece algo modificada por la 29, que distingue entre las donaciones simples y las donaciones con causa, para estimar aquéllas como mejora y éstas no, y por la pragmática de 1534, que prohibió mejorar á las hijas por contrato. Por otra parte, la ley 25 de Toro determinaba para fijar la mejora un procedimiento distinto que para fijar la legítima, pues para ésta habían de tenerse en cuenta las donaciones colacionables y para aquélla no.

Este derecho extraño y anormal ha desaparecido por completo. Los hijos son ante la ley iguales á las hijas; las donaciones simples siguen la misma regla que las donaciones con causa; no hay mejora en ninguna donación si el donante no la concede de un modo expreso; y lo mismo para fijar la legítima, que para fijar la mejora, que para fijar la parte libre, han de tenerse en cuenta las donaciones colacionables (art. 818).

III. *Especies de mejoras.*—Las mejoras se dividían antes en mejoras de tercio y quinto, mejoras hechas por testamento y por contrato, revocables é irrevocables, expresas y tácitas.

La mejora del quinto ha desaparecido, como quedó expuesto al comentar el art. 823.

Hoy son casi todas las mejoras expresas, y así lo exige terminantemente el art. 825. Hay, sin embargo, una excepción, un caso de mejora tácita, como observaremos en el art. 828.

Los mismos artículos separan las mejoras hechas por contrato de las hechas en testamento.

Por último, subsiste la distinción entre mejoras revocables é irrevocables, y de esta división nos ocuparemos al comentar el artículo 827.

También pueden ser las mejoras puras, condicionales ó á

término, pues que con esto no se perjudican las legítimas, y hasta que llegue el día ó cuando el plazo espire, hasta que la condición se cumpla ó cuando deje de cumplirse, según que sean suspensivas ó resolutorias, los demás hijos ó descendientes disfrutarán del tercio de mejora. Las mejoras pueden señalarse en cosa determinada ó sin determinación de bienes, según los artículos 829 y 832.

Por último, además de la mejora real y efectiva, conserva el Código en el art. 826 la promesa de mejorar.

IV. *Mejoras hechas por contrato.*—Cualquiera que sea la forma que se adopte al disponer de la mejora, ha de expresarse de un modo claro y terminante que se destina á ese objeto. No siendo así, la ley no lo supone nunca, por regla general; antes al contrario, considera que tal mejora no existe. El criterio del legislador es contrario á las mejoras tácitas.

Así como puede anticiparse la legítima á los descendientes, también puede anticipárseles la mejora. La donación hecha á los hijos ó á los nietos ha de tenerse siempre en cuenta á la época de la muerte del causante para computarla, según los casos al tercio de legítima, al tercio de mejora ó al tercio libre teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 819 y 825.

Habla el art. 825 de *donaciones por contrato entre vivos*, y alude á actos que comprendan una verdadera liberalidad, que estén constituídos en forma de contrato, y que produzcan sus efectos en vida del causante, excluyendo las donaciones por causa de muerte, sea la que fuere la forma de su constitución. Relacionando el art. 825 con el 828, se ve que se establece una distinción entre las disposiciones de bienes que producen sus efectos en vida del testador, y aquellas otras que sólo producen efectos al ocurrir su fallecimiento.

Iguala el artículo las donaciones entre vivos *simples*, con las donaciones *con causa, aun onerosa*. A poco que se reflexione, se comprende que aquí la ley no quiere aludir á ninguna causa onerosa con relación al donatario, á ninguna prestación equivalente por parte de éste, que quitaría á la donación sus caracte-

res esenciales de espontaneidad y liberalidad en todo ó en parte. Las donaciones con causa onerosa en relación al que las recibe, no son donaciones, no constituyen un título gratuíto, sino una adquisición á título oneroso, que nunca podría estimarse mejora. La ley quiere igualar toda clase de donaciones, pero en cuanto realmente lo sean: las donaciones simples, estimuladas sólo por el cariño ó afecto del donante, sin motivo alguno que las exija de momento; las donaciones con causa, motivadas por el matrimonio, las necesidades del donatario, la ordenación, carrera ó profesión, etc.; las donaciones con causa onerosa en relación á tercero, á que se refiere el art. 827 del Código; y aun las mismas donaciones con causa onerosa en relación al donatario, en cuanto á la parte en que lo adquirido exceda de lo transmitido, en cuanto exista donación por quedar beneficio en favor del donatario. Esta y no otra es indudablemente la idea del artículo 825, puesto que sólo á *donaciones* se refiere. Las llamadas donaciones *mortis causa*, equiparadas por el Código á las disposiciones testamentarias, no están en dicho artículo comprendidas.

A las palabras *donación simple* ó *por causa onerosa*, añade el artículo 825, *en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos*. Esta última frase, «que sean herederos forzosos», está tomada del art. 657 del proyecto de Código de 1851, y no, como indica algún comentarista, del art. 3517 del Código de Méjico, y es igualmente aplicable á los hijos que á los demás descendientes; pues como ya hemos dicho en otro lugar, los hijos *no son siempre*, como el mismo comentarista afirma, herederos forzosos, ya que pueden morir antes que el causante y después de hecha la donación, y pueden ser desheredados.

Ciertamente, la regla, que está bien expresada en el caso á que el artículo se refiere, debía haber sido más general, ya que pueden ser mejorados los descendientes que no sean herederos forzosos con arreglo al Código; pero el legislador se ha preocupado del caso más dudoso, y de las personas á quienes en primer término corresponda la mejora, como parte de la legítima.

Con relación á los descendientes que no sean herederos forzosos, la cuestión es más evidente, y la consecuencia es la misma. No hay que perder de vista la íntima relación que existe entre el artículo 825 y el 819; así es que el caso que aquél no resuelve concretamente, aunque está en su espíritu comprendido, lo resuelve éste ó puede estimarse resuelto en el 819. Tal como quedó interpretado el art. 819, la ley distingue entre las donaciones hechas á herederos forzosos, y las hechas á los que no sean herederos forzosos. Aquéllas se imputan á la legítima, *si no tienen el concepto de mejora* en la forma que exige el art. 825. Estas se imputan al tercio libre, aunque recaigan en descendientes, siempre, es claro, también, que no tengan el concepto de mejora. La ley preve y resuelve en el art. 825 el caso más dudoso, el de que la donación sea hecha á descendientes que sean herederos forzosos, desarrollando la idea contenida ya en el 819. Hecha la donación á los que no son tales herederos, sin expresarse que es mejora, la regla es absoluta en el art. 819; ha de imputarse al tercio libre; no cabe suponer que tal mejora exista; el donante no ha dicho que mejora y se presume que no quiso mejorar. Y aun en caso de duda, que no la hay por haber de imputarse esa donación al tercio libre, así tendría que resolverse, porque el espíritu de la ley es contrario á las mejoras tácitas, porque los descendientes que no son herederos forzosos no pueden ser más privilegiados que los que tienen derecho á legítima, y por último, porque de otro modo los herederos forzosos sufrirían perjuicio en sus legítimas sin una manifestación clara y explícita de que tal fuese la voluntad del donante.

Esto supuesto, determina el artículo que cuando un ascendiente hace donación á alguno ó á algunos de sus descendientes herederos forzosos, nunca se presume mejora, mientras de un modo expreso y claro no manifieste que fué su voluntad mejorar. Expresada esa voluntad, la donación se imputa á la mejora, recaiga ó no en herederos forzosos, puesto que la ley le concede esa facultad. No declarándose así de un modo expreso, si es hecha la donación en favor de hijos ó descendientes que sean herede-

ros forzosos, se imputa á su legítima, y si es hecha á esos mismos descendientes, en el caso de que no lleguen á tener derecho á legítima, se imputa al tercio libre.

Si excede hay que distinguir según los casos:

1.º *Descendientes herederos forzosos no mejorados expresamente.*—La donación se imputa primero á su legítima considerando como tal la parte que corresponda al donatario dentro de los dos tercios del caudal, ó dentro de la porción no destinada expresamente á mejora por el testador. Si excede de esa parte, el exceso se imputa al tercio libre, considerándose como donación á un extraño, reducible ó anulable en su caso, guardando las reglas de los artículos 820 y 656, y aun más especialmente en este caso, las de los artículos 1035 y siguientes, si fuesen varios los herederos forzosos.

2.º *Descendientes que no son herederos forzosos ni se hallan expresamente mejorados.*—La donación se imputa al tercio libre, sin que nunca pueda invadir el tercio de legítima, ni el tercio de mejora. El exceso, en su caso, se anula siempre, y el resto sigue las reglas de las donaciones á extraños.

3.º *Descendientes herederos forzosos mejorados expresamente.*—La donación se imputa primero al tercio de mejora, y después á la legítima, como herederos forzosos. En cuanto al exceso, si lo hubiere, hay que distinguir. Si el testador no ha dispuesto del tercio libre, ó cabe el exceso en la parte de que no dispuso, se considerará como donación imputable desde luego á ese tercio; pero, como hecha en favor de un heredero forzoso, debe ese exceso colacionarse á los efectos especiales del art. 1035, ó sea para que entrando como haber partible en la cuenta de partición, se distribuya por igual entre todos los legitimarios. Si el testador ha dispuesto del tercio libre, el exceso en su totalidad ó en la parte de él que no quepa dentro de aquello de que no dispuso, debe anularse, porque el ascendiente quiso mejorar, y á este fin no pudo destinar más que el tercio de mejora; el tercio libre se destina á otro objeto y de él dispuso también el testador. Comprueba esta solución el art. 829. Ahora bien; como ese ex-

ceso viene á constituir una donación desde luego imputable ya al tercio libre, habrá de tenerse presente lo dispuesto en los artículos 820 y 656, y si por su fecha fuese preferente la donación perjudicando á los partícipes extraños del tercio libre, dicho exceso se colacionará á los efectos del art. 1035, siempre, es claro, que concurran á la herencia otros hijos ó descendientes, pues si el mejorado fuese heredero único, á él solamente correspondería en el caso expuesto, el exceso de la donación.

4.º *Descendientes no herederos forzosos expresamente mejorados.*—La donación se imputa desde luego al tercio de mejora. Excediendo de éste, no cabe considerarla como mejora, y el exceso ha de entenderse donación del tercio libre, que se anula ó se respeta como toda donación á extraños, con arreglo á los artículos 820 y 656.

5.º *Concurrencia de mejorados.*—La mejora no puede exceder nunca del tercio de los bienes. Mejorados varios, sin especial designación de partes, se entienden mejorados por igual. Determinadas las cosas ó porciones correspondientes á cada uno, si sumadas exceden del tercio, han de reducirse proporcionalmente, respetándose ante todo la prioridad en cuanto á la fecha, como se halla establecido para las donaciones en general, y considerándose el exceso en su caso, ó las que no puedan estimarse mejoras, como legítima cuando proceda, y si así no procede, por no tratarse de herederos forzosos, y si aún resulta exceso, éste se respetará ó no, según que quepa ó no dentro del tercio libre, conforme quedó anteriormente expuesto.

6.º *Derecho transitorio.*—Constituída una de aquellas donaciones que se consideraban como mejora antes de regir el Código, con arreglo á la ley 26 de Toro, y no habiendo fallecido aún el donante cuando dicho cuerpo legal se publicó, surge del artículo 825 un importante problema de derecho transitorio. Esa donación, ¿se considerará mejora cuando llegue el caso de hacer su imputación por ocurrir el fallecimiento del donante sin revocarla, y sin expresar que se entienda como mejora? En nuestra opinión, existe un acto válido, realizado bajo el régimen de la

legislación anterior, un hecho, la donación, de cual nació un derecho: el de que se considerase mejora; hecho regulado por el Código de distinto modo, puesto que le asigna consecuencias distintas. La aplicación del Código perjudicaría un derecho ya nacido, y el principio de no retroactividad de las leyes, y la regla 1.ª transitoria obliga á reconocer la eficacia de esas donaciones y de todos los efectos que producían con arreglo á la legislación anterior. Nada importa que ese derecho, si el acto no fué irrevocable, se halle subordinado á la época de la muerte del testador; porque esa subordinación, que se refiere al derecho en general producido por la donación, se entienda ó no mejora, y que atañe particularmente á la cuantía, según la regla 12.ª, no altera los términos de la cuestión: el donatario sufriría perjuicio por tener adquirido con la donación el derecho á ser mejorado, si aquélla no fuese revocada. Es cuestión de fechas en los actos ó hechos origen del derecho. Las reglas 1.ª y 2.ª obligan á respetar esa mejora tácita consentida por las leyes de Toro.

Códigos extranjeros.—El art. 3517 del Código de Méjico establece igual precepto que nuestro art. 825. Los Códigos de Chile y Colombia, arts. 1198 y 1256, expresan que todo legado y toda donación, sea revocable ó irrevocable, hecha á un legitimario, se imputará á su legítima, á menos que en el testamento ó en la respectiva escritura, ó en acto posterior auténtico, aparezca que el legado ó la donación fué á título de mejora. El Código de Guatemala exige que la mejora sea expresa, y conste en testamento. No cabe, pues, mejora por donación entre vivos.

ARTÍCULO 826

La promesa de mejorar ó no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

La disposición del testador contraria á la promesa, no producirá efecto.

PRECEDENTES

Ley 22 de Toro. «Si el padre ó la madre ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar á alguno de sus fijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda facer la dicha mejoría de tercio ni quinto, y si la ficiese, que no vala; y asimismo mandamos, que si prometió el padre, ó la madre, ó alguno de los ascendientes, de mejorar á alguno de sus fijos ó descendientes en el dicho tercio y quinto por vía de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á cumplir y hacer; y si no lo hicieren, que pasados los días de su vida, la dicha mejora y mejorías de tercio y quinto sean habidas por fechas».

El art. 658 del proyecto de Código de 1851, daba fuerza á la promesa de mejorar y no mejorar siempre que ésta constase en escritura pública, y aquélla en igual forma y hecha por causa onerosa.

El art. 826 del Código, modifica también, como los anteriores, la doctrina de las leyes de Toro. Hoy; para surtir efecto, tanto las promesas de mejorar como las de no mejorar han de hacerse en capitulaciones matrimoniales.

COMENTARIO

I. *Promesas de mejorar y de no mejorar*.—La promesa es la obligación de hacer ó no hacer algo en lo futuro. Con relación á la mejora, es el compromiso de realizar más adelante la mejora en favor de alguno ó algunos de los descendientes, ó el compromiso de dejar á todos la misma porción, de no distinguirlos, de no conceder entre ellos preferencia alguna, ó no beneficiar á alguno determinado.

No nos detendremos en examinar quiénes sean las personas que pueden prometer mejorar ó no mejorar, ó en cuyo favor puede hacerse la promesa. Sería absurdo pensar que esas perso-

nas son distintas de las que, según el art. 823, pueden mejorar ó ser mejoradas. Unicamente, por la naturaleza especial de la promesa, obligación de hacer ó no hacer algo en una época futura, y no realización de ella en el presente, cabe una especialidad, la de mejorar en su día á séres que aun no existen, á descendientes que puedan venir, á hijos del matrimonio que va á contraerse, hijos ó nietos del promitente, en general, ó determinadamente al primer hijo que nazca, ó al primer varón, al hijo natural que debe ser legitimado por el matrimonio, etc.

Pero el art. 826 está subordinado á lo que preceptúa el 825. No basta la promesa de donar, ha de expresarse claramente que se trata de *mejorar* más adelante, pues la promesa de realizar un hecho no puede ser más privilegiada que el hecho mismo. En cambio, la promesa de igualar á los hijos ó descendientes, no otorgando preferencia alguna, equivale á la promesa de no mejorar, sin que sea necesario hablar de mejora.

Por lo demás, la promesa puede consistir en mejorar á un descendiente determinado ó á varios, ó á todos, en porciones desiguales, ó en no mejorar á ninguno, ó no mejorar á alguno ó algunos descendientes determinadamente, y en ambos casos puramente ó bajo condición, en cuanto á todo el tercio ó á parte de él, ó á una cosa especial ó á varias. La promesa de mejorar á un descendiente sin expresar la cuantía de la mejora se entiende en el tercio, mientras disposiciones posteriores del promitente no demuestren que fué otra su voluntad.

La promesa de mejorar en abstracto, sin decir á quién ni en cuánto, no puede admitirse, es una forma vaga que á nada conduce; sin ella ó con ella es evidente que el ascendiente tiene la facultad de mejorar. Siempre se exige alguna determinación, principalmente con relación á las personas; pero aun no determinándose éstas, si se limita la promesa á una parte del tercio ó á una cosa determinada que no exceda de esa porción, obligándose á no mejorar en el resto, sería válida, porque equivaldría á renunciar el testador al ejercicio de su derecho en cuanto á una parte de los bienes que la ley destina á mejora. Claro es

que un solo acto puede contener á un mismo tiempo la promesa de mejorar y la de no mejorar.

II. *Requisitos para la validez de las promesas de mejorar ó no mejorar.* — Para que sea válida una ú otra promesa, es necesario que conste por escritura pública en capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones matrimoniales constituyen un contrato, por el cual los que van á unirse en matrimonio fijan con entera libertad todas las condiciones referentes al régimen económico de la futura familia.

Hechas siempre las capitulaciones matrimoniales con motivo del matrimonio, la promesa en ellas de mejorar ó no mejorar ha de hacerse por los mismos contrayentes ó por sus ascendientes respectivos.

Exige el art. 826, no sólo que la promesa conste en capitulaciones matrimoniales, sino también por escritura pública. ¿Ha de estimarse necesaria la concurrencia de ambas circunstancias? El art. 1321 determina que lo mismo las capitulaciones matrimoniales que las modificaciones que se hagan en ellas, han de constar en escritura pública otorgada antes de la celebración del matrimonio. Parece, por lo mismo, supérfluo en el art. 826 la exigencia de la escritura. Pero el precepto del art. 1321 tiene una excepción en el 1324, según el cual, las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, cuando concurran las circunstancias siguientes: 1.ª No haber notario en el punto de la residencia de los cónyuges. 2.ª Que los bienes aportados al matrimonio no sean inmuebles, ni exceda en conjunto su importe de 2.500 pesetas. 3.ª Que conste al Secretario y los testigos la realidad de la entrega. ¿Será válida la promesa de mejorar ó no mejorar, contenidas en esas capitulaciones otorgadas ante los secretarios de Ayuntamiento? Tal duda sólo puede ocurrir cuando el importe de lo aportado, mas el de los bienes no inmuebles en que deba consistir la mejora en su día, ó el total del tercio probable, si se trata de una promesa general negativa, no exceda de las expresadas 2.500 pesetas. Y aun en ese improbable caso, juzgamos

que la promesa de mejorar ó no mejorar no es convención válida ni propia de tales capitulaciones.

No somos partidarios de prescindir de las palabras que emplea la ley, mas que en el caso de resultar evidente que es otra distinta su inteligencia, ó cuando contradigan otros preceptos legales con los que hay necesidad de armonizarlas. El art. 1324 tiene su propia esfera de acción; no admite convenciones especiales y de importancia excepcional, cuya transcendencia es generalmente ignorada por los secretarios de Ayuntamiento, y no admite la limitada valuación de 2.500 pesetas: basta para entenderlo así fijarse en que el artículo, además de ésta, contiene otra limitación: la de que conste al secretario y los testigos la realidad de la entrega de los bienes aportados por los cónyuges. Pactos especiales requieren una forma especial, y no hay que olvidar que el art. 1324 establece una excepción, y que las promesas de mejorar ó no mejorar sólo excepcionalmente también son admitidas en el Código. Si el art. 826, determinadamente aplicable al caso, exige la escritura pública, el precepto ha de respetarse, aunque alguien lo estime poco acertado ó crea que envuelve exageración. Inútil es pensar que es anómalo declarar válidas las capitulaciones matrimoniales en conjunto otorgadas en la forma que admite el art. 1324, y nula la promesa de mejorar ó no mejorar, que como parte de esas mismas capitulaciones figure en ellas. Ni las promesas de mejorar ó no mejorar son de esencia en las capitulaciones, ni toda convención que haga relación al futuro matrimonio puede valuare como inferior á 2.500 pesetas, ni la promesa es entrega, ni basta la creencia particular del comentarista para borrar del art. 826, que es especial en la materia, la frase *escritura pública* que en él se consigna.

Todo contrato otorgado con ocasión del futuro matrimonio, debe considerarse, á los efectos del art. 826, como capitulaciones matrimoniales. Ordinariamente este contrato se limita á hacer constar el capital aportado por los futuros contrayentes, sin expresar el régimen que aceptan en cuanto á los bienes, y es claro que admite la promesa de mejorar ó no mejorar.

Además, las capitulaciones matrimoniales no es de esencia que consten en una sola escritura. El art. 1319 permite alterar ó modificar lo convenido en la primera, y esta alteración ó modificación puede consistir en añadir algún pacto ó suprimirlo. El conjunto de escrituras ó documentos otorgados en relación al matrimonio, con anterioridad á éste, constituyen las capitulaciones matrimoniales; creemos válida la promesa de mejorar ó no mejorar contenida en escritura pública, adicionando la primitiva de capitulaciones, porque ha de estimarse que forma parte integrante de las mismas.

III. *Efectos de las promesas de mejorar ó no mejorar.*—La promesa es, en general, un acto respetado por la ley. El hombre queda obligado lo mismo por sus actos que por sus palabras. Así vemos que la promesa de venta y la promesa de hipoteca, y la promesa de mejorar ó no mejorar, obligan desde luego, siendo necesario cumplirlas. Si en las últimas se exigen requisitos especiales para su eficacia, es porque la mejora misma tiene un carácter revocable por regla general, por lo que la promesa, cuando hubiera de estimarse revocable, no envolvería obligación verdadera ni produciría efecto alguno.

«La disposición del testador, contraria á la promesa, dice el art. 826, no surtirá efecto.»

Aunque sólo se habla de *testador*, no por eso ha de entenderse que sólo se refiere el artículo á las disposiciones contrarias contenidas en el testamento. Debe suponerse, por el contrario, que quiso referirse al promitente y á toda disposición posterior contraria, pues en todo caso merece la promesa igual respeto.

Hecha con ocasión de matrimonio y realizado éste, media un contrato y una obligación, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes. El promitente no pudo deshacer lo hecho; ha de cumplir su promesa, ha de mejorar ó no mejorar. Tal es el alcance del art. 826, que en realidad viene á declarar la promesa irrevocable.

Pugna á primera vista esta doctrina con todo el contenido de la sección. Las mejoras son, por regla general, revocables:

¿cómo admitir que las promesas de mejorar ó no mejorar, que representan algo menos, sean siempre irrevocables? La explicación es muy clara: esas promesas no las admite el legislador más que en un caso: cuando constan en capitulaciones matrimoniales y por escritura pública. Las mejoras hechas en capitulaciones matrimoniales son también irrevocables, con arreglo al artículo 827, aunque no consten en escritura pública; de lo que resulta que la ley equipara los efectos de la promesa con los de la mejora, en el único caso en que considera dicha promesa válida.

Toda disposición contraria á la promesa, sea hecha por contrato, ó en otras capitulaciones matrimoniales, ó en testamento, no surte efecto. Si el padre promete mejorar á un hijo, y después en su testamento dispone de sus bienes con igualdad, olvidándose de su promesa, esta disposición no surte efecto, y por tanto, se entiende hecha la mejora, y sólo el resto se reparte con igualdad. Si el causante promete á alguno de sus hijos no mejorar á ninguno de ellos, y después hace la mejora, esta disposición, contraria á su promesa, tampoco surtirá efecto, y por tanto, se entiende no hecha la mejora.

Mas es preciso que exista realmente pugna entre la promesa y la disposición. Si sólo se prometió mejorar á un descendiente en determinada cosa ó porción, no es contrario á la promesa mejorar á otro descendiente en otra porción ó cosa distinta. Si sólo se prometió no mejorar á un hijo determinado, cabe mejorar después á otro respecto al cual nada se ofreció. El que sólo prometió mejorar á un descendiente, sin expresar la cuantía de la mejora, cumple su promesa mejorándole en algo, aunque luego mejore también á otros.

Concurriendo varios en cuyo favor existe la promesa de mejorar sin determinación de parte, se entenderán mejorados por partes iguales. Si se fijó la cuota ó porción de cada uno, la primera promesa ha de respetarse íntegramente, y las demás en cuanto quepan, por su orden, dentro del tercio. Si se prometió mejorar en el tercio, sólo cabe imponer después algún gravamen

sobre la mejora; toda disposición ó promesa de mejorar, posterior, es ineficaz, no contrayéndose á esa limitada facultad. Si la primera promesa fué indeterminada, le corresponderá el sobrante del tercio después de dar su parte á los demás.

Contráese la disposición del último párrafo del art. 826 al caso en que continúe subsistente la promesa ú obligación de mejorar. Si el matrimonio no llega á realizarse, ó por cualquier otro motivo se anulan las capitulaciones matrimoniales; si la persona en cuyo favor se prometió mejorar renuncia el derecho que quiso concedérsele, ó se hace indigno ó es desheredado con justa causa; si no se cumplen las condiciones estipuladas, ó la mejora dependía de una condición suspensiva que no llega á cumplirse, ó de una condición resolutoria que se efectuó, etc., el promitente queda en libertad de disponer de la mejora, y su disposición surtirá efecto.

La promesa de mejorar ó no mejorar hecha por el padre con sus hijos y herederos, no es irrevocable, ni impide al padre hacer testamento, porque ni consta en capitulaciones matrimoniales, ni por contrato oneroso celebrado con un tercero (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1903).

Códigos extranjeros.—Los artículos 1204 del Código de Chile, 1263 del de Colombia, y 1518 y siguientes del de Méjico, aceptan la doctrina del art. 826 de nuestro Código, exigiendo que la promesa conste en escritura pública. El Código de Guatemala, en su art. 842, declara que no será válida ninguna promesa de mejora.

ARTÍCULO 827

La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, á menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero.

PRECEDENTES

Ley 17 de Toro. Después de declarar que la mejora es, por regla general, revocable, añade: «salvo si fecha la dicha mejoría

por contrato entre vivos, oviere entregado (el mejorante) la posesión de la cosa y cosas en el dicho tercio contenidas, á la persona á quien la fiziere, ó á quien su poder oviere; O le oviere entregado ante Escribano la escriptura dello; O el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento, ó por otra cosa semejante, que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se puede revocar, si no reservarse, el que lo fizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa que, según leyes de nuestros Reynos, las donaciones perfectas y con derecho fechas, se pueden revocar.»

No existía la disposición del art. 827 en el proyecto de Código de 1851.

El art. 812 del proyecto de 1882 era igual al 827 del Código vigente.

MEJORAS REVOCABLES É IRREVOCABLES

I. *Reforma de la legislación antigua en esta materia.*—El artículo 827 establece una nueva división de la mejora en dos grupos, cuya división, contenida también en el derecho antiguo, es la más importante por los efectos que produce.

La ley 17 de Toro, como el art. 827, establecía como regla general la de la revocabilidad de la mejora. Sin embargo, aquella ley admitía tres casos de excepción en la mejora por contrato:

1.º Cuando mediase entrega de los bienes al mejorado, ó á la persona que le representase.

2.º Cuando ante escribano entregase la escritura de los bienes en que consistía la mejora.

3.º Cuando el contrato se hubiese otorgado por causa onerosa con un tercero, así como por vía de casamiento ó por otra cosa semejante.

Aun en estos casos, la ley 17 de Toro estimaba que la irrevocabilidad de la mejora equivalía á la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos, por lo cual suponía que tal carácter no impedía la revocación de la mejora en los mismos casos en que

se permitía la revocación de las donaciones, ó cuando el mejorante expresamente se hubiese reservado la facultad de revocar.

El Código no ha creído conveniente aceptar esta doctrina, y si, por una parte, ha limitado el campo de la irrevocabilidad de la mejora, admitiendo sólo el último caso de los señalados en la ley de Toro, por otra supone que, cuando hay terceros interesados, esa irrevocabilidad debe entenderse en un sentido más propio y absoluto.

El pensamiento del legislador ha podido fundarse en que, realmente, la ley de Toro se limitaba á distinguir la mejora hecha en testamento de la hecha en contrato, y dentro de ésta la mejora propia y verdadera de la promesa de mejorar. Mejora en contrato, sin entrega de bienes, ni escritura, ni causa onerosa, equivale á simple promesa; por lo que puede decirse que, en verdad, venía á establecer que la mejora hecha en testamento era siempre revocable, como acto de última voluntad, y la mejora real hecha en contrato era siempre irrevocable como donación. El legislador ha observado que la naturaleza de la mejora, como parte de la herencia en general, no debe confundirse con la de las donaciones; ni con la de las llamadas *mortis causa,* porque éstas sólo producen sus efectos por muerte del donante, y nada impide al mejorante entregar en vida los bienes anticipando la mejora; ni con la de las llamadas *entre vivos,* porque la mejora hecha en vida es siempre colacionable y siempre reducible; y, como parte de la herencia, debe ser por regla general, revocable por la sola voluntad del mejorante, cualquiera que sea la forma de su constitución, y lo será siempre, á no hallarse ligados con ella los derechos de un tercero.

Examinaremos ahora ambas especies de mejoras.

II. *Mejoras irrevocables.*—Lo son con arreglo al Código en dos casos: cuando se hagan por contrato oneroso celebrado con un tercero; cuando consten en capitulaciones matrimoniales. Repetimos la doctrina del art. 825: ha de manifestarse expresamente la voluntad de mejorar.

A) *Por contrato oneroso con un tercero.*—El art. 827 exige que exista un contrato oneroso y que sea celebrado con un tercero. No le basta una de estas circunstancias, sino que, siguiendo á la ley 17 de Toro, considera necesarias las dos.

Si un ascendiente celebra con un tercero un contrato que no sea oneroso, y como condición se establece y constituye la mejora de un descendiente, esta mejora es revocable. Si el contrato es oneroso, pero no se ha celebrado con un tercero, sino con el mismo descendiente á quien se mejora, tampoco existe la irrevocabilidad. Ambos casos están excluídos en la excepción del artículo 827.

La naturaleza de los contratos onerosos y la existencia de un tercero interesado en la conservación de la mejora, tercero que podría ser perjudicado si la mejora se revocase, son la causa de la excepción. En este caso, hay una deuda exigible por un tercero, porque en los contratos onerosos no siempre la prestación, equivalente á lo que se da ó recibe, se establece en favor de los contratantes, y establecida en todo ó en parte en forma de mejora á favor de un descendiente por el mejorante y el tercero que contrató con él, la revocación de esa mejora, de esa equivalente prestación, significaría la falta de cumplimiento por uno de los interesados, y por su sola voluntad, de las condiciones estipuladas ó de las obligaciones que se impuso.

La citada ley de Toro entendía la irrevocabilidad de esta mejora en un sentido especial, así es que permitía su revocación por las mismas causas que las donaciones en general.

Pero hoy no puede aceptarse tal criterio.

La supervivencia de hijos no es en las mejoras causa de revocación, porque el art. 644 del Código sólo se refiere á las donaciones hechas por personas que no tengan hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por el matrimonio, y las mejoras se hacen con precisión á hijos ó descendientes. Es indiferente que después de hechas las mejoras sobrevengan nuevos hijos: el aumento de éstos no influye en las mejoras.

La revocación *por ingratitud* es inadmisible. El hijo ó descen-

diente mejorado por contrato oneroso con un tercero, se subroga en lugar de ese tercero, ocupa su puesto, y la revocación por ingratitud del hijo implicaría la posibilidad de revocarse un contrato oneroso por la ingratitud de uno de los contratantes; esa revocación debiera producir la rescisión del contrato verificado con el tercero, pues de otro modo el mejorante se lucraría, en perjuicio de otro, por una causa independiente de la voluntad del tercero. Ha de suponerse, por el contrario, que el contrato quedó perfecto, firme é irrevocable, y que causas posteriores, ajenas á la voluntad de las partes y no previstas de antemano, no pueden producir su revocación.

Las mejoras hechas por contrato oneroso con un tercero, serán, por tanto, revocables por falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas, ó por haberse reservado el mejorante en el mismo contrato la facultad de revocarlas, ya en general, ya en casos determinados; pero no por ingratitud, ni por superveniencia de hijos.

Sin embargo, las mejoras son siempre colacionables y reducibles. La ley les da el nombre de mejoras, y necesario es averiguar si caben ó no dentro de sus límites, ya que nunca han de poder exceder del tercio de los bienes. Para saberlo, deben ser colacionables.

Aunque el contrato celebrado con el tercero fuere oneroso, para el descendiente la mejora tiene el carácter de bienes recibidos por título lucrativo en vida del causante, y es preciso que el importe de esos bienes entre en la cuenta de la partición. Si la mejora resulta inoficiosa, debe reducirse, pues de otro modo los herederos forzosos resultarían perjudicados en su legítima, cosa que nunca consiente el legislador.

B) *En capitulaciones matrimoniales.*—Nos referimos á lo expuesto en el art. 826 sobre este particular.

Juzga la ley que, en tal caso, hay siempre algo de causa onerosa, y en ello sigue á la ley 17 de Toro, que cita como ejemplo de contrato con un tercero, por dicha causa, el que se hace por razón de casamiento. Y es que, en efecto, hecha la mejora en

capitulaciones matrimoniales, aunque no sea, como pueda serlo condición indispensable para el matrimonio, aunque no medie prestación equivalente material por parte de tercero, aunque se otorgue voluntariamente por pura liberalidad de un ascendiente, se halla ligada dicha mejora al matrimonio, y envuelve, por tanto, obligación de cumplirla, porque no es el descendiente que se mejoró el único interesado, sino también su consorte, tercero en el contrato que algo pone también por su parte.

Sea de ello lo que quiera y aunque pueda pensarse que en la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales no siempre será ostensible el carácter verdaderamente oneroso del contrato, por lo que en ciertos casos la nota de la irrevocabilidad de la mejora no debiera tener más alcance que el de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos, es lo cierto que el art. 827 iguala en absoluto este caso con el anterior, y por tanto, que debe entenderse del mismo modo su irrevocabilidad, admitiéndose sólo cuando se falte á las condiciones estipuladas, ó cuando el mejorante se reservó la facultad de revocar. Del mismo modo la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales es colacionable y reducible.

III. *Mejoras revocables.*—Todas las demás mejoras que no consten en capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero, son revocables. Así como aquéllas siempre se constituyen por contrato, las mejoras revocables pueden constituirse por testamento ó por contrato, y en este caso, mediando ó no entrega de bienes.

Igualados los efectos de unas y otras mejoras, y siendo las contenidas en testamento, como todas las disposiciones testamentarias, esencialmente revocables por la sola voluntad, mudable hasta su muerte, del testador, es evidente que esa sola voluntad es también suficiente para revocar las mejoras hechas por contrato aun con entrega de bienes, palabras que emplea el artículo 827 para desvanecer toda duda.

La revocación puede hacerse de palabra ó por hechos, expresa ó tácitamente. Por regla general, cuando los actos poste-

riores del mejorante hagan imposible el cumplimiento de la mejora, ha de entenderse revocada, á menos de que no pueda presumirse que tal fué su voluntad. En caso de duda, debe probarse la revocación.

La mejora hecha en testamento sigue la suerte de éste. Revocado el testamento que contenía la mejora, por otro posterior perfecto en que no se mencione, debe entenderse revocada tácitamente le mejora.

La mejora hecha en contrato, si consiste en bienes determinados, se entreguen ó no al mejorado, puede ser también revocada tácitamente, y se entenderá así, siempre que el que mejora, después de hacerla, aun sin manifestar que revoca la mejora, disponga entre vivos ó por causa de muerte en favor de persona distinta del mejorado de los mismos bienes en que aquélla consistía.

Si no consiste en bienes determinados, mientras haya para pagar la mejora puede entenderse revocada; pero si en testamento ó contrato posterior, el causante dispone en favor de otro ú otros descendientes del tercio de mejora ó de una parte de él, habrá de entenderse revocada la mejora anterior, en todo ó en parte, según los casos.

Es, por tanto, regla general en las mejoras revocables, que la disposición posterior contraria, conste ésta en contrato ó en testamento, se entiende que las revoca.

Si el testamento ó el contrato que contienen la mejora es nulo, nula queda la mejora. Si en aquél sólo se anula la institución de heredero, como en los casos de preterición ó desheredación sin causa, la mejora subsiste. Si el que mejoró en vida muere intestado, la mejora no revocada surte sus efectos.

Véase en el comentario del artículo anterior la sentencia de 18 de Junio de 1902.

La de 4 de Julio de 1908, declara que la mejora hecha por un padre en favor de su hija ya casada, por vía de dote, y con intervención del marido para prestar su licencia, es revocable, como no compendida en ninguno de los casos de excepción del

art. 827, pues ni resulta hecha en capitulaciones matrimoniales, ni existe contrato oneroso con un tercero, ya que no lo es propiamente el marido con relación á su mujer, y menos cuando sólo otorga licencia ó se limita á representarla.

Con relación á esta sentencia, sólo debemos observar que, en nuestra opinión, la cualidad de tercero, ó persona distinta al donante y al donatario, hace relación más principal al donante ó mejorante que al mejorado.

IV. *Efectos de las mejoras.*—A) *Mejoras irrevocables.*—El mejorado en capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero, adquiere desde luego un derecho, del que no se le puede privar, á no mediar extraordinarias circunstancias, ó no caber la mejora dentro del tercio de los bienes que á ella se destina.

Derecho de transmisión.—El mejorado, como dueño, puede en este caso disponer de los bienes y, por tanto, gravarlos. Estamos por completo conformes con la doctrina que acerca de las mejoras irrevocables sentó, antes de la vigencia del Código, la sentencia de 13 de Diciembre de 1862; pero con la modificación que hoy impone el art. 812. Después de sentar el principio de la adquisición con carácter firme de la mejora, añade: «Adquirido el derecho de mejora en virtud de contrato oneroso, puede transmitirlo, el que lo tenga, ya en vida, ó ya en muerte, al que le hubiese de suceder por testamento ó abintestato.» Si el mejorado así es un hijo, y fallece antes que su madre, á ésta se transmite dicho derecho, en el concepto de heredera forzosa, el cual la constituye en acreedora, como pudiera serlo otro cualquier extraño á quien por algún título legítimo de los conocidos en derecho se hubiera transmitido.

Pretende un autor que esto sólo puede admitirse con relación á la mejora irrevocable *con entrega de bienes;* pero que si no media tal entrega, y con mayor razón aún, si expresamente se consigna que el importe de la mejora habrá de entregarse el día de la muerte del mejorante, nada puede transmitir el mejorado á sus herederos: *primero,* porque la mejora tiene un carácter per-

sonalísimo; *segundo*, porque en realidad no hay adquisición, y no habiendo adquisición, no puede haber transmisión; y *tercero*, porque tal mejora equivale á la hecha en testamento. Estimamos inexacta esta teoría con relación á las mejoras *irrevocables*.

En primer lugar, creemos que no pretenderá el autor aludido la entrega *material* de los bienes. Media entrega también con arreglo á los arts. 1462 al 1464, aplicables á toda clase de adquisiciones, aunque escritos especialmente para el caso de venta, por el solo hecho de otorgarse escritura; más aún que eso, por el solo acuerdo ó conformidad de los contratantes en casos determinados.

En segundo lugar, el hecho de dilatar la entrega, fijando un plazo para ello, no cambia la naturaleza del acto, y la naturaleza del acto es un contrato con obligaciones recíprocas, y como tal, irrevocable. El deudor no puede deshacer lo hecho; el mejorado es un contratante, un acreedor, que contrata para sí y para sus herederos.

Cierto que la mejora tiene un carácter personalísimo, y que este carácter se desvirtúa por completo admitiendo su transmisibilidad; pero esta regla, ó hay que convenir en que es absoluta, ó hay que admitir que tiene su excepción en las mejoras irrevocables. Lo que no cabe es hacer depender el carácter personalísimo de la mejora, del hecho accidental de entregarse ó no los bienes en el acto.

El autor aludido empieza admitiendo *siempre* la adquisición de la mejora, y no obstante, para negar la transmisión, dice que no hubo adquisición en realidad. La hubo, esto es evidente: tan firme es el derecho del mejorado desde el momento del contrato sobre los bienes que se le entregan en el acto, como el que le corresponde, para cuando el plazo llegue, sobre los bienes que el mejorante quedó irrevocablemente obligado á entregarle después, y uno y otro derecho, como acreedor, puede transmitir.

En cuanto á que esa mejora equivale á la hecha en testamento, es una afirmación arriesgada. O la mejora fué irrevocable ó no. Si lo fué, nunca equivale lo irrevocable á lo revocable,

el derecho del acreedor, aunque no pueda exceder de cierto límite, y sea por tanto reducible, al derecho del heredero, simple esperanza que fácilmente se puede desvanecer.

De aceptar las razones expuestas en contrario, las aceptaríamos en absoluto para toda clase de mejoras irrevocables, aun con entrega de bienes, admitiendo la transmisión de éstos, pero nunca con cargo al tercio de mejora, si el mejorado no sobrevivía al mejorante, como expondremos después con relación á las mejoras revocables constituídas por contrato y con entrega de bienes.

Hoy el art. 812 del Código quita importancia á esta cuestión, al menos en parte. Si el mejorado no ha dispuesto de los bienes ó derechos que le correspondan, y muere antes que el mejorante, haya ó no otorgado el testamento, esos bienes ó derechos, ó pasarán á sus descendientes legítimos, si los tuviere, ó volverán al donante con exclusión de toda otra persona, ya que con relación al mejorado la adquisición fué á título lucrativo.

El mejorado, como dueño de los bienes, puede renunciar la mejora que se le ha hecho, y disponer durante su vida en cualquier forma: enajenando, gravando, limitando, transformando ó destruyendo. Las enajenaciones, gravámenes y limitaciones son perfectamente válidas, sin perjuicio del derecho del mejorante para revocar la donación por falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas y sin perjuicio de que, en su día, se aprecie si cabía ó no dentro del tercio de mejora.

B) *Mejoras revocables.*—1.° *Constituídas en testamento.*—Aquí el mejorado nada adquiere hasta la muerte del testador, y nada, por consiguiente, puede transmitir hasta que adquiera en definitiva el derecho.

Si el mejorado muere antes que el mejorante, se extingue con él el derecho á la mejora. Es cierto que el heredero forzoso que muere antes que el testador, transmite en cierto modo su derecho á sus descendientes, quienes le representan y toman la parte que á aquél hubiera correspondido en la sucesión. Pero el mejorado, en cuanto á la mejora, no es un heredero forzoso, como

hemos demostrado en las ideas generales; escogido libremente por el testador entre sus descendientes, debe á dicho testador la mejora; la ley sólo interviene para fijar los límites de ese derecho: ni puede salir de los descendientes, ni puede exceder del tercio; pero ninguna de las reglas que se aplican á la legítima en los arts. 813 al 817, son aplicables á la mejora cuando realmente llega á tener existencia independiente, ni tampoco son susceptibles de aplicación á la misma las reglas que se fijan en los arts. 930 al 934 para las sucesiones que regula la ley.

Dado el carácter de libertad que domina en la mejora, por deber el mejorado su derecho á la voluntad de su ascendiente y no á la imposición de la ley, ya se le considere como heredero voluntario, ya como legatario, son aplicables el art. 766 ó el 881. El heredero voluntario que muere antes que el testador no transmite ningún derecho á sus herederos. El legatario no adquiere su derecho hasta el día de la muerte del causante.

En caso de desheredación en un testamento posterior al en que se hizo la mejora, ó de indignidad, el mejorado queda privado de su mejora, porque perdiendo hasta los herederos forzosos su legítima, con mayor razón ha de perderse lo que es voluntario en el causante: la mejora.

La transmisión del derecho á la mejora por actos entre vivos se halla prohibida en los arts. 1271 y 635. Siendo la mejora revocable una parte de la herencia *futura*, no puede transmitirse antes del fallecimiento del mejorante. Después de muerto éste y de ser firme la mejora, el mejorado dispone de lo suyo, y son desde luego válidas las enajenaciones, renuncias ó gravámenes.

2.º *Mejoras revocables constituídas por contrato.*—Cuando á pesar de constituirse por contrato la mejora, no media en forma alguna entrega de los bienes en que consiste, ó ésta se aplaza para el día de la muerte, han de seguirse las reglas expuestas anteriormente, porque en realidad tal mejora equivale en todo á la hecha en testamento, por su posible revocación y carencia de efectos.

Pero si media entrega de bienes, la cuestión parece distinta.

Por de pronto el mejorante se desprende de los bienes y transmite su posesión, aunque revocable por su sola voluntad, al mejorado, por lo que éste tiene algo más que una simple esperanza. Algo adquiere, luego algo podrá transmitir, porque cada cual es árbitro para poder disponer de lo que le pertenece; si su derecho es eventual y revocable, un derecho revocable y eventual podrá transmitir.

Pero aquí, y con relación á la mejora, no cabe invocar el respeto á los derechos de un tercero, como en las mejoras irrevocables. Se trata sólo de un acto esencialmente gratuito, de un derecho que está á merced de la voluntad del transmitente.

La mejora tiene, por regla general, un carácter personalísimo: sólo corresponde al descendiente á quien se quiso mejorar. En el momento de la muerte del testador es cuando hay que determinar si cabe la mejora, esto es, si es admisible por recaer en persona que puede ser mejorada, y no exceder del tercio. La mejora es siempre, constitúyase en cualquier forma, una parte de la herencia destinada por la ley á los descendientes, y repartida con libertad *entre ellos* por su ascendiente, y los derechos sobre la herencia de una persona no se transmiten hasta el momento de su muerte.

Para alterar la virtualidad de estos principios la ley exige que la mejora conste hecha en capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero: en tal caso se detiene respetuosamente ante los derechos que pueden lesionarse de un tercero, y declara la mejora irrevocable, convirtiéndola en un contrato.

Pero cuando no median tales circunstancias no vacila en respetar el carácter personalísimo y revocable de la mejora. Aun mediando, tal vez sería lo más legal respetar aquel carácter, cambiando el derecho á mejora en un crédito contra la herencia del causante.

Tenemos, pues, que el mejorado por contrato con entrega de bienes, por una parte, puede disponer, como todo donatario, del derecho eventual que le corresponde, y por otra, sólo él puede

ser el mejorado. Si la mejora no se revoca y el mejorado sobrevive al mejorante, no hay cuestión; aunque se haya desprendido de los bienes, no debe llevar á colación las mismas cosas donadas, sino su valor, recibiendo de menos en la herencia tanto como ya hubiese recibido con anterioridad. El exceso, en su caso, se devuelve á la masa, pues la transmisión sólo pudo ser condicional, esté donde esté, salva las disposiciones de la ley Hipotecaria.

Pero si el mejorado muere antes que el mejorante, al fallecer éste, ¿se reconocerá el derecho sobre la mejora á los herederos voluntarios ó forzosos de aquél, ó á las personas á quienes en vida transmitió los bienes en que la mejora consistía? ¿Cabe que en la sucesión se asigne la mejora á un extraño?

Es indudable una contestación negativa. No cabe mejora más que en favor del descendiente á quien escogió á su arbitrio el testador; ni cabe, por consiguiente, el derecho de transmitir la mejora, como tal mejora, ni entre vivos, ni por causa de muerte, antes del fallecimiento del mejorante. La muerte del escogido extingue la mejora.

Y, sin embargo, la transmisión de los bienes en que consistió esa mejora es válida, aunque sujeta á condición resolutoria, y es eficaz y firme si la condición no se cumple. ¿Por qué? ¿Cómo se explica esta especie de paradoja? Es muy sencillo. En el contrato en que se constituyó la mejora había, desde luego, una donación; se le dió el carácter de mejora, pero bajo la base de proceder en su día esa mejora, de tener el donatario derecho á mejora al tiempo de morir el testador y caber en el tercio. Muere ese donatario antes, y ya no puede ser mejorado: pero queda la donación hecha á persona que no llegó á ser heredero forzoso ni á tener derecho á mejora, y esa donación puede sostenerse ó imputarse al tercio libre.

Este hecho nada tiene de anormal. Á un hijo se le hace anticipo de su legítima; pero ese hijo muere sin descendientes antes que su padre. Como anticipo de legítima no puede sostenerse la transmisión, porque el hijo no llegó á tener derecho á legíti-

ma; pero, ¿se anulará por eso la donación con todas sus consecuencias? No tal; tendrá la misma fuerza que si se hubiese hecho á un extraño.

La mejora, como tal mejora, se extingue, pues, por premorir el mejorado al mejorante, lo cual contribuirá á aumentar la porción legítima. Si muere con descendientes, éstos le representarán en la herencia del mejorante.

Es claro que si la mejora se hace en favor de un hijo y de sus descendientes, de un modo expreso, caso bastante frecuente, al morir el hijo antes que el mejorante, quedan como mejorados sus descendientes.

En el caso de que al morir el mejorado antes que el mejorante no deje descendientes, pero sí ascendientes, lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, le sucederá exclusivamente el mejorante, con arreglo al art. 812, en las cosas que de dicha mejora existan en su sucesión.

El descendiente mejorado en contrato con entrega de bienes puede ser desheredado si es heredero forzoso ó hacerse indigno aunque no sea legitimario, y en ambos casos debe estimarse revocada la mejora y con ella la donación.

Por último, cabe la renuncia de esa mejora anterior ó posterior á la muerte del causante. En el primer caso, la mejora desaparece, y los bienes en que consistía vuelven al mejorante, por lo que, si se conservan en la herencia del mismo y no se destinan expresamente de nuevo á mejoras ó legados, sucederán en ellos por derecho propio los demás hijos ó descendientes, ya que no procede el derecho de acrecer aunque hubiese otros comejorados (art. 985). Si la renuncia es posterior á la muerte del mejorante, se abre en cuanto á esa porción la sucesión intestada (art. 912), sucediendo en ella también por derecho propio los demás hijos y descendientes del testador, pues el heredero voluntario que renuncia la herencia no transmite derecho alguno á sus herederos (art. 766).

V. *Extinción de la mejora.*—Conocidas la naturaleza de la mejora, los distintos modos de constituirse y los efectos que pro-

ducen, según sus clases, podemos ya determinar las causas de su extinción.

A) *Mejoras irrevocables:*

1.ª La renuncia del mejorado.

2.ª La nulidad del contrato en que consten.

3.ª La falta de cumplimiento de las condiciones ó pactos que se estipulen.

4.ª No cumplirse la condición suspensiva de que dependían ó cumplirse la condición resolutoria.

5.ª No caber la mejora en el tercio destinado á ese objeto por la ley ó no existir bienes que dividir, por superar al activo el pasivo.

B) *Mejoras revocables*:

1.ª Por voluntad del mejorante, lo cual ocurre:

a) En caso de revocación expresa ó tácita.

b) En caso de desheredación, si recaía la mejora en un heredero forzoso.

2.ª Por voluntad del mejorado, en virtud de la renuncia.

3.ª Por ministerio de la ley en los casos siguientes:

a) Morir el mejorado antes que el mejorante.

b) Ser indigno de suceder.

c) No caber ya la mejora de que se trate dentro del tercio, ó no haber tercio, por exceso de deudas.

d) Nulidad del testamento ó nulidad del contrato en que se contenían.

4.ª Por falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas.

5.ª Por cumplimiento ó incumplimiento de la condición resolutoria ó suspensiva de que dependían.

La mejora hecha en capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero, en que el mejorante se reservó la facultad de revocarlo cuando quisiere, no puede decirse que sea irrevocable.

Derecho transitorio.—Las mejoras hechas por contrato oneroso con un tercero continúan siendo irrevocables. Pero las comprendidas en los otros casos de la ley 17 de Toro, ó sea cuando

los bienes fueron entregados al mejorado ó la escritura de la mejora, constituyen actos ó contratos celebrados bajo la legislación anterior, y válidos con arreglo á ella, que han de surtir todos sus efectos según la misma. El principal efecto consiste en ser la mejora irrevocable, del modo que entendía dicha ley la irrevocabilidad, por lo que si ya se había así verificado antes de regir el Código, existía en el mejorado un derecho nacido y perfecto, que ha de respetarse en virtud de las reglas transitorias 1.ª y 2.ª

Códigos extranjeros.—No existe el precepto del art. 827 en los Códigos americanos que admiten la mejora. Relacionado con el mismo, dispone el art. 1201 del Código de Chile, y 1259 del de Colombia, que si se hiciere una donación revocable ó irrevocable á título de mejora á una persona que se creía descendiente legítimo del donante y no lo era, se resolverá la donación, sucediendo lo mismo si el donatario, descendiente legítimo, ha llegado á faltar por incapacidad, indignidad, desheredación ó repudiación.

ARTÍCULO 828

La manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, ó cuando no quepa en la parte libre.

Precedentes.—Véase en el art. 825 la ley 26 de Toro.

El art. 659 del proyecto de Código de 1851 consideraba mejora siempre lo dejado en testamento.

Comentario.—Proclama el art. 828 el mismo principio que el art. 825, apartándose igualmente del criterio de las leyes de Toro y del que informaba el proyecto de Código de 1851.

Así como el art. 825 se refiere á las disposiciones que producen efectos en vida del dueño de los bienes, el 828 se refiere á las disposiciones que sólo producen efecto por muerte del testador.

El principio no puede ser más justo. La persona que quiera hacer una mejora, debe manifestarlo expresamente. No siendo así, la ley presume con razón que no fué su ánimo mejorar, ya que la mejora, como excepcional, no debe presumirse, y que fué su voluntad hacer un anticipo de legítima ó disponer de la parte libre en caso de donación, según que se hiciese ó no á un heredero forzoso, ó legar en caso de testamento.

Pero cuando el testador lega á un descendiente lo que no cabe en el tercio libre ó dispone de este tercio, y después aún lega algo á un hijo, si ha de respetarse su voluntad, ha de ser considerando el exceso como mejora. Y esto es lo que preceptúa el art. 828, el cual, como se ve, admite, á pesar del criterio del legislador favorable en absoluto á las mejoras expresas, un caso de mejora tácita.

La aplicación del artículo puede, no obstante, ofrecer alguna dificultad, y más aún combinándole con los arts. 820 y 821.

Con arreglo al art. 820, cuando los legados en general no caben en la parte de libre disposición, se reducen todos á prorrata, sin distinción alguna.

Con arreglo al art. 821, el legatario que tenga derecho á legítima puede retener la finca que se le legó y no admita cómoda división, cuando su valor no supere al importe de la porción disponible y á la cuota que le corresponda *por legítima*.

Con arreglo al art. 828, si el legado hecho á un descendiente no cabe en el tercio libre, ni se reduce ni se imputa á la legítima en su caso, sino que se entiende que el testador quiso *mejorar*.

Es cierto que el art. 821 se refiere especialmente al caso de una finca que no admita cómoda división; pero bien claramente muestra su criterio de que el exceso se impute, no como mejora, sino como legítima, mientras que el 828, en general, habla de mejora y no de legítima.

Entre el art. 820 y el 828 no puede decirse que exista verdadera contradicción, porque aquél sienta una regla general, y éste un precepto especial referente á legados hechos en favor de

descendientes. Empezaremos, pues, por armonizar estos últimos artículos.

Puede legarse al descendiente una cosa ó porción que exceda del tercio de libre disposición, sin que existan otros legados. En tal caso, limitándonos á los artículos 820 y 828, la cuestión es clara. El exceso se entiende mejora, no procediendo la reducción.

Puede el testador hacer varios legados, y entre ellos el del descendiente, y disponer en tal forma de una cuota superior al tercio libre. ¿Se empezará por reducir todos los legados, y después de reducidos, lo que le falte al descendiente se tomará del tercio de mejora, ó prescindiendo de la manda hecha á dicho descendiente, sólo se reducirán las demás cuando no quepan en el tercio libre?

El distinto resultado del procedimiento se observará claramente con un ejemplo:

A., testador, lega 6.000 pesetas á un hermano, B., y otras 6.000 á uno de sus hijos, C.; el caudal asciende á 18.000 pesetas. Por el primer procedimiento se reducen ambos legados con arreglo al art. 820, por no caber en el tercio libre, tocando á cada interesado 3.000. B. tomará 3.000 por su legado, y C. otros 3.000 por ese concepto, y el exceso, ó sean otros 3.000, los tomará del tercio de mejora, quedando 9.000 para legítimas. Por el segundo procedimiento, puesto que el legado á extraños, B., cabe en la parte libre, se respeta en su totalidad; el legado á C. no cabe, y se toma del tercio de mejora, quedando para legítima 6.000. Con este procedimiento pierden los legitimarios 3.000 pesetas; con aquél, pierden igual cantidad los legatarios. Estos dirán que el legado al descendiente debe en tal caso considerarse mejora, en virtud del art. 828; aquellos creerán que, como legado, debe tomarse en cuenta para la reducción, en virtud del art. 820.

Nosotros creemos que siendo el 828 especial, ha de aplicarse en el caso á que se contrae con preferencia al 820, que es general. «Cuando no quepa en la parte libre», dice aquel artículo.

La cuestión es, por tanto, sencilla, y por eso decimos que no hay verdadera contradicción. ¿Cabe el legado hecho al descendiente en la parte libre, teniendo en cuenta, en su caso, los demás legados? Siempre que no quepa, se entiende que el testador quiso mejorar. Se funda el artículo en la presunta voluntad del testador; no quiso éste que se quitase á los legatarios extraños lo que voluntariamente les legó mientras cupiese en el tercio, sino que pudiendo disponer además de otro tercio entre sus descendientes, debe suponerse que usó de esa facultad. Lo contrario es quebrantar la voluntad libremente expresada del testador en la parte cuya disposición se le permite, en obsequio de los legitimarios, que contra dicha voluntad sólo pueden pretender su legítima estricta.

El caso más claro de aplicación del art. 828 es el siguiente: Lego el tercio de mis bienes á Juan, Pedro y Antonio; lego otro tercio á mi hijo José, y en el resto instituyo por herederos á todos mis hijos. ¿Se pretenderá, porque no hay mejora expresa, que se unan ambos legados para reducir á un sexto el de los extraños? ¿No resulta clara la intención del testador de mejorar á su hijo José? Pues un caso idéntico es el expresado antes, aunque no se hable de tercios. 6.000 se legaron á extraños, y pudieron legárseles; 6.000 se legaban al descendiente, y cabían en el tercio de mejora. Eso quiso el testador; ¿pudo hacerlo? ¿Puede cumplirse? Pues se cumple; esto es todo.

Más ardua aparece la cuestión con relación al art. 821. No porque el precepto del art. 828 origine duda, sino porque parece que, á pesar de él, el criterio del legislador, contrario á las mejoras tácitas, no consiente llegar á su admisión hasta agotar todos los medios que pueden evitarlas.

No hay cuestión cuando el legatario, aunque descendiente, no es heredero forzoso; el legado tiene que referirse al tercio libre ó al tercio de mejora. Pero cuando se hace á un heredero forzoso que, como tal, tiene derecho á legítima, en interés de los demás legitimarios, ¿por qué no imputarlo primero al tercio libre, después á su legítima, y sólo en último extremo, si aún excediese,

considerarlo mejora? En el ejemplo expuesto resultaría, si eran cuatro los hijos, que el legatario C., considerando la legítima dos tercios por no haber mejora expresa, recibiría 3.000 por su legítima, y sólo el exceso del legado otras 3.000; por no haber más remedio, se entendería mejora, quedando 6.000 para los otros tres hijos, mientras que no siendo así sólo les quedaría 4.500.

En el caso del art. 829, el legislador, en interés de los partícipes del tercio libre, sigue un criterio análogo, aunque refiriéndose á la mejora en cosa determinada. Primero se ve si cabe en el tercio de mejora, y si excede se imputa á la legítima.

Si el testador hubiere dispuesto expresamente por contrato entre vivos ó en el mismo testamento, en favor de otros descendientes, del tercio de mejora, no cabe presumir la mejora tácita á que se refiere el art. 828, siendo imputable el legado á dicho tercio, sólo en cuanto sea posible dentro de la parte de que no dispusiera expresamente el testador.

Códigos extranjeros.—No existe uniformidad de criterio en lo que á este artículo se refiere. El Código de Guatemala sólo admite mejoras expresas consignadas en testamento. El de Méjico estima todo legado á herederos forzosos como mejora, lo cual es natural, dado el aspecto que en dicho Código reviste esta institución. Respecto á los de Chile y Colombia, véase el art. 825, que tiene iguales concordancias.

ARTÍCULO 829

La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado á la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico á los demás interesados.

Precedentes.—La ley 19 de la Toro permitía la mejora en cosa determinada cuyo valor no debía exceder de la tercera parte de todos los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, no te-

niéndose en cuenta, como dijimos en otro lugar, las donaciones colacionables.

La ley 20 manda pagar dicha mejora con las mismas cosas en que consistía.

El artículo 661 del proyecto de Código del 1851 consentía esa mejora no excediendo del tercio ó del quinto, según los casos.

Comentario.—Habla el art. 829 de la mejora en general, cualquiera que sea la forma de su constitución, pero expresa y permite que se señale en cosa determinada. Siendo la mejora una parte de la herencia, es evidente que todas las cosas y todos los derechos que estén en la herencia, pueden señalarse como mejora, bienes muebles, inmuebles, créditos, derechos de usufructo ó nuda propiedad, servidumbre, hipoteca, uso, pensiones, etc. En principio no existe duda alguna; suscitóse en cuanto á la mejora de cosa determinada, porque pudiendo escogerse la mejor, resultaría una mejora doble en cantidad y en calidad; pero la ley 19 de Toro no estimó suficiente esa razón para prohibirla, y la admite también expresamente el art. 829.

Y no solamente la admite, sino que quiere que la cosa determinada quede en poder del mejorado, aunque su valor exceda del tercio de mejora ó de la parte de él disponible, y de la parte de legítima correspondiente al mejorado. Obsérvese que no se exige que se trate de cosa indivisible ó de difícil división. Sea como sea, el testador quiso que la recibiese el mejorado, y la ley, respetando esa voluntad, se la asigna íntegra, si bien, como en cuanto al exceso se realiza una verdadera compra, exige que se abone *en metálico* la diferencia á los demás interesados. Interesados son, no solamente los herederos ó coherederos, sino cuantos tengan interés en la herencia.

Se trata de un derecho del mejorado, por lo cual mientras él pague en metálico la diferencia ó exceso del valor, previa tasación pericial si fuese necesario, no pueden oponerse á su voluntad los demás interesados. Solamente en el caso de que no pueda abonar en metálico ese exceso, ó no quiera hacer uso de su derecho, podrán convenir los interesados en que se abone en

otra clase de bienes, ó en que la cosa se adjudique á varios en proindivisión, ó en que se proceda á su venta, ó en que se adjudique á otro ú otros, abonando éste ó éstos á los demás lo que pueda resultar de exceso ó diferencia.

Así como el art. 828 prescinde de la legítima que, en su caso, puede corresponder al legatario, el art. 829 prescinde del tercio de libre disposición.

Si hay legados ó disposiciones que absorban ese tercio, el artículo 829 debe aplicarse estrictamente, y el mejorado debe abonar en metálico á los demás interesados el exceso ó diferencia. Pero si este exceso cabe en la parte sobrante que pueda quedar del tercio de libre disposición, parece lo más verosímil que se entienda que el testador ó mejorante dejó á su hijo ó descendiente lo que pudo dejar á un extraño, y si bien se perjudicarán los otros herederos, será en cuanto á una porción que no es legítimamente suya, y más natural es que sufran ellos el perjuicio que no el mejorado, respecto al cual expresó el causante su voluntad de que recibiese una cosa determinada ó una porción de bienes superior á la que por mejora y legítima podía corresponderle. En el caso de tratarse de cosa determinada, es, sin embargo, imprescindible la aplicación del art. 829.

Ahora bien: si el mejorado es un heredero forzoso, ha de tenerse presente lo expuesto en el comentario del art. 825. Reuniéndose los requisitos exigidos por el art. 1035, el exceso de la donación sobre la mejora y legítima, es colacionable.

El objeto de este artículo es principalmente evitar la proindivisión y la división de fincas, almacenes, talleres, fábricas, etc., manteniendo, á ser posible, su unidad con arreglo á la voluntad del causante.

Códigos extranjeros.—Concuerda este artículo con el 1206 del Código de Chile, 1264 del de Colombia, 844 del de Guatemala y 3521 del de Méjico. En éste la estimación de la cosa no debe exceder del tercio libre.

ARTÍCULO 830

La facultad de mejorar no puede encomendarse á otro.

ARTÍCULO 831

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, á su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

Precedentes.—La ley 19 de Toro, citada en el artículo anterior, prohibe encomendar á otro la facultad de señalar cosas determinadas para la mejora.

La ley 31 de la misma colección, determina que los comisarios facultados para testar, no puedan designar herederos, ni desheredar, ni hacer mejoras de tercio ni de quinto, á no ser en el caso de que en el mismo poder determinase el causante al comisario las personas que escogía por sus herederos, ó los descendientes en quienes debía recaer la mejora, y la cuantía de ésta. Estimamos que en esta forma también era admisible la designación por tercero de cosa determinada para la mejora, señalada en el poder por el comitente, modificando en general la ley 31 el precepto de la ley 19.

El art. 831, igual al 663 del proyecto del Código de 1851, y 816 del de 1882, no tiene precedentes legales, habiéndose tomado de las regiones en que impera la legislación foral. En las provincias forales, dicen los Sres. Goyena y Pedregal, se admitía como costumbre consignar en las capitulaciones matrimoniales la autorización concedida al cónyuge viudo para distribuir abintestato los bienes relictos del otro cónyuge, dando á unos herederos más ó menos bienes que á otros.

Comentario.—El art. 830 da á la facultad de mejorar un carácter personalísimo. Esta es la regla general, cuya excepción se contiene en el art. 831. Sólo el ascendiente puede, por tanto, disponer del tercio destinado á mejora en favor de las personas á quienes la ley se refiere.

Cuando la mejora se hace en testamento, el art. 830 repite en un caso especial lo establecido antes en términos generales por el art. 670.

La mejora puede hacerse también por acto entre vivos; pero como el art. 830 se refiere á la mejora en general, á toda clase de mejoras, y donde la ley no distingue, no cabe distinguir, es evidente que el precepto es aplicable á las mejoras constituídas por contrato, con tanta mayor razón cuanto que, aplicado sólo á las constituídas en testamento, el art. 830 no diría nada nuevo, por estar comprendida su disposición en el 670.

La promesa de mejorar ó no mejorar también debe hacerse por el mismo mejorante, sin poder encomendarse á otro, pues dados sus efectos, admitir otra cosa equivaldría á dejar sin efecto el art. 830.

El art. 831 establece la excepción del principio. Goyena, en el art. 663 del proyecto de Código de 1851, después de las palabras á que antes nos hemos referido, añade: «La facultad concedida al viudo era de suma importancia y por ella venía á ser casi nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, á más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría. El amor del padre ó madre, el más puro é intenso de los buenos afectos, merecen bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados.»

El art. 831 no se contrae á la materia de las mejoras: su esfera de acción es bastante más amplia. El viudo no sólo puede

mejorar; puede también distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto, aunque con ciertas limitaciones. El art. 831 no es solamente excepción del 830, sino también del 670 y del 1057, y hasta puede decirse que del segundo párrafo del 1271.

Del 670, porque éste prohibe en todo ó en parte que quede al arbitrio de un tercero la formación del testamento, ni la designación de porciones en que hayan de suceder los herederos, en tanto que el art. 831 permite que el cónyuge que sobreviva haga mejoras en los bienes del difunto y distribuya estos bienes á su prudente arbitrio.

Del art. 1057, porque según éste, puede encomendarse la facultad de hacer la partición á cualquier persona que no sea uno de los coherederos; por lo que siendo heredero forzoso el cónyuge viudo, claro es que en general le está prohibido practicar, aun entre sus hijos, la partición de los bienes del difunto, y sin embargo, el art. 831 no encuentra inconveniente en concederle esa facultad y aun algo más que eso.

Por último, puede estimarse dicho art. 831, excepción del párrafo 2.º del 1271, en cuanto éste prohibe todo contrato sobre la herencia futura cuyo objeto no sea practicar entre vivos la partición de un caudal, conforme al art. 10,6, mientral aquél consiente, como el 826, un pacto sucesorio entre los futuros cónyuges. Sin embargo, como en realidad ese pacto no confiere derecho alguno sobre la herencia futura, y sólo concede determinadas facultades para distribuir en su día los bienes del fallecido entre los que son desde luego sus herederos con arreglo á la ley, no cae realmente el acto dentro de la prohibición del art. 1271.

Veamos el contenido del artículo que nos ocupa:

I. *Condiciones necesarias para la aplicación del art.* **831.**— Exige éste la concurrencia de las circunstancias siguientes:

Primera. Que la autorización se conceda en capitulaciones matrimoniales.

Segunda. Que se encomiende la facultad.

a) Al cónyuge que sobreviva y permanezca en estado de viudez.

b) En favor solamente de los hijos comunes.

Tercera. Que el cónyuge premuerto haya fallecido intestado.

Cuarta. Que no se perjudiquen las legítimas y se respeten las mejoras que en vida hubiera hecho el difunto.

Primera. La primera condición se refiere á la forma. Las capitulaciones matrimoniales son la única forma admisible para que pueda encomendarse á otro la facultad de mejorar. Antes de celebrarse el matrimonio, y en escritura pública, ha de acordarse todo lo relativo al régimen económico de la sociedad conyugal, y en ese acto preverse el caso que motiva el art. 831. Siendo desconocido el importe que podrá alcanzar el caudal el día de la muerte de uno de los cónyuges, no cabe esa facultad en las capitulaciones otorgadas ante los secretarios de Ayuntamiento.

Segunda. La segunda condición abarca dos extremos:

a) El primero se refiere á la persona en quien puede sustituirse la facultad de mejorar. Unicamente al viudo puede concedérsele tal derecho; excepción justificada, porque va á distribuir el caudal y á destinar la mejora, si lo creyese conveniente, entre sus propios hijos, respecto á los cuales su interés y su cariño deben ser tan grandes como los del difunto.

Ahora bien: cuando el viudo contrae segundas nupcias puede temerse que disponga de los bienes del difunto, aunque ilegalmente, en favor de otras personas, porque aquel interés y cariño que justificaba la sustitución va á compartirse con un nuevo cónyuge y tal vez con otros nuevos hijos.

Como dice Goyena, no hay contradicción entre lo que el artículo dispone en cuanto á este particular y la facultad que el artículo 972 confiere al binubo para mejorar en los bienes reservables á los hijos del primer matrimonio. Los bienes reservables pertenecen al viudo que contrajo segundas nupcias, aunque su dominio se halle pendiente de la condición de que á su muerte queden hijos de las primeras. Los bienes á que se refiere el art. 831 no son del viudo: son del cónyuge premuerto; de aquí que al casarse aquél nuevamente no pueda ya mejorar en esos bienes ni distribuirlos.

¿Goza siempre el cónyuge sobreviviente, autorizado en capitulaciones matrimoniales, de las facultades á que se refiere el art. 831? ¿Basta el hecho de sobrevivir?

El matrimonio realizado puede ser nulo; los cónyuges, al fallecimiento de uno cualquiera de ellos, podían hallarse divorciados. En ambos casos la sociedad conyugal ha desaparecido, los bienes se han separado si es que se pactó cosa distinta. ¿Basta esto para dejar el pacto sin efecto? El art. 831 no distingue, y el 1440, en relación con el 1429, parece que resuelve en igual sentido la cuestión. La separación de bienes, dice el art. 1440, no autoriza á los cónyuges para ejercitar en el acto de la separación *los derechos estipulados bajo el supuesto de la muerte de uno de ellos*; *pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso,* salvo lo dispuesto en el art. 73 sobre los efectos del divorcio. Según el artículo 1429, es aplicable lo dispuesto en el 1440 al caso en que la sociedad de gananciales se disuelva *por anulación* del matrimonio. Los derechos estipulados en las capitulaciones matrimoniales, que deben hacerse efectivos ó ejercitarse á la muerte de uno de los cónyuges, y por tanto, el derecho que se concede en el art. 831, no se pierden en principio por la nulidad del matrimonio, aunque, como es natural, no puedan ejercitarse hasta que ocurra el fallecimiento, ni se pierden por la separación de los bienes de la sociedad conyugal en caso de divorcio, en relación al contrayente de buena fe, y al cónyuge que no dió lugar á dicho divorcio. En cuanto al cónyuge culpable, el espíritu del Código en los arts. 72, 1417, núm. 3.° del 73 y 834, es contrario á la concesión de todo derecho con relación á los bienes.

b) El segundo extremo de la segunda condición se refiere á las personas en cuyo favor ha de ejercitarse la facultad concedida, cuyas personas son únicamente los hijos comunes.

Aunque el art. 831 sólo habla *de hijos*, debe entenderse que se refiere en general á los *descendientes*, porque están por regla general comprendidos en la palabra *hijos;* porque los nietos ocupan el lugar de sus padres, representándoles en las sucesiones

que regula la ley; porque el artículo no ha pensado en alterar los principios relativos á las personas que pueden ser mejoradas y á los descendientes á quienes corresponda la sucesión intestada, y porque resulta manifiesta la intención del legislador, que no es otra que la de que el cónyuge que sobreviva reparta el caudal del premuerto entre los herederos legales de éste (hijos ó nietos), y le sustituya en todo en su facultad de mejorar.

Pero no esto sólo: hijos ó nietos han de ser *comunes*, hijos habidos en la unión del cónyuge que sobrevive con el premuerto y descendientes de ellos. No cabe mejorar ni distribuir los bienes entre los hijos de uno solo de los contratantes procedentes de otro matrimonio anterior. Con relación á los del cónyuge sobreviviente no hay cuestión: sus hijos no son herederos del cónyuge premuerto. Con relación á los de éste, sí, porque son tan herederos como los hijos comunes. Claro es que están fuera del artículo, pero resulta que los bienes del causante no pueden pasar todos á los hijos comunes, prescindiendo de los habidos en anterior matrimonio. Si el causante no ha testado con relación á ellos, separando su haber especial, procede para todos la sucesión intestada, y sólo con relación á la parte del caudal del difunto que corresponda, hecha partición ó proindiviso en otro caso á los hijos comunes, podrá usar el cónyuge sobreviviente de las facultades que se le concedieron. Caso éste raro y sin duda no previsto en el artículo, porque no es verosímil que habiendo otros hijos se establezca el pacto en capitulaciones matrimoniales, prescindiendo de ellos; creemos que, aun en el caso de que se presentase, no estorba la aplicación del artículo con relación á la parte de los bienes del difunto á que únicamente puede ser aplicado.

Tercera. Fallecimiento abintestato.—Esta es la base, el fundamento de la comisión, la condición de que depende su ejercicio. Haciendo testamento el cónyuge premuerto y disponiendo de todos los bienes, solamente él puede mejorar y distribuir; pero como hay casos, por desgracia frecuentes, en los cuales la muerte sorprende al hombre sin que haya manifestado su última vo-

luntad, los cónyuges pueden prever ese acontecimiento, encomendándose mutuamente la distribución del caudal y la facultad de hacer mejoras. Se trata de impedir los inconvenientes de la sucesión intestada y las contingencias de pedirse la prevención, ó promoverse juicios de abintestato ó testamentaría, siempre perjudiciales.

«Muriendo intestado uno de los cónyuges», dice el art. 831; ¿cuándo se entenderá el fallecimiento intestado? El art. 912 lo expresa claramente, y en todos los casos que comprende creemos aplicable el 831, en cuanto á toda la herencia, si no hay testamento ó éste es nulo, ó en cuanto á la parte de herencia respecto á la cual procede la sucesión intestada. Lo que el causante no pudo ó no llegó á distribuir, pertenece por la ley á sus descendientes, y entre ellos usa de las facultades que se le confirieron al cónyuge que sobreviva.

Cuarta. Respecto de las legítimas y de las mejoras ya realizadas.—Parece, á primera vista, innecesaria la expresión de esta circunstancia. Se trata de la sucesión del cónyuge difunto. Sus herederos forzosos tienen derecho, por lo menos, á su legítima, y como ésta la da la ley, no puede, es claro, el cónyuge sobreviviente privarles de ella, ni perjudicarles, ¿cómo conceder al comisario mayores facultades que al comitente? En cuanto á las mejoras hechas por aquél durante su vida, fuese por contrato ó en acto parcial de última voluntad, quedaron firmes é irrevocables mediante su fallecimiento. Mal podría revocarlas un tercero, como es el cónyuge sobreviviente. Por lo mismo que la expresión de esta circunstancia no parece añadir nada nuevo ni especial, debe suponerse que el legislador, al emplear esas palabras, no lo hace en balde, sino con alguna intención.

II. *Facultades que pueden concederse con arreglo al art. 831.*—Aunque este artículo, por el lugar que ocupa en el Código, sólo debía referirse á mejoras, trata también de otra materia más extensa. No sólo se autoriza al viudo ó viuda para mejorar á los hijos comunes, sino también para que distribuya á su prudente arbitrio los bienes del difunto.

¿Entre quiénes han de distribuirse los bienes? No existe cuestión respecto al tercio de legítima ni al tercio de mejora; pero el tercio libre puede destinarse por el testador á personas extrañas. ¿Podrá también, entre personas extrañas, distribuirlo el cónyuge que sobreviva? Es indudable la negativa; la distribución de ese tercio ha de hacerse precisamente entre los descendientes comunes, entre las personas á quienes corresponde la herencia intestada del causante.

Como hemos dicho, el fundamento de la excepción del artículo 830, la condición de que depende el ejercicio de la autorización concedida, es el fallecimiento intestado de uno de los cónyuges. La ley es la que designa en este caso el orden de las sucesiones. Si hay descendientes, ellos adquieren por ese solo hecho el derecho á todos los bienes del difunto, y mal puede privarles el cónyuge de una tercera parte en beneficio de otros; siendo así que el art. 831 y el cónyuge premuerto sólo autorizan para mejorar á las personas que pueden ser mejoradas, y para distribuir el resto de los bienes, no para alterar el orden de suceder. Disponer con completa libertad, aun entre extraños, del tercio libre, equivaldría á una institución de herederos ó á una designación de legatarios, hecha, no por el testador, sino por un tercero en su nombre, lo cual está prohibido en el art. 670 y no autorizado en el 831.

Distribuir es la palabra usada por el legislador, y distribuir significa repartir, dividir una cosa entre varios. Además, aunque puesta en el artículo la palabra *hijos*, después de la de mejorar, puede parecer que sólo á las mejoras hace relación, es lo cierto que sólo se habla de hijos, y la distribución á extraños requería una expresión más clara, que no existe. El párrafo entero dice: «Puede el viudo ó viuda distribuir los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes.» El viudo ó viuda puede, pues, ser autorizado para distribuir los bienes del difunto y para mejorar en esos mismos bienes á los hijos. Enlazadas ambas cosas, refiriéndose la distribución y la mejora á los bienes del difunto, y hablándose solamente de una clase de personas,

los hijos comunes, es evidente que sólo entre estos hijos ó sus descendientes puede hacerse esa distribución.

Pero aquí se presenta una cuestión más ardua. La ley designa ya como herederos á los descendientes; el viudo ha de distribuir los bienes entre los hijos comunes, entre los herederos designados por la ley; pero, ¿puede dar á unos más que á otros? ¿Puede alterar entre ellos la igualdad con relación al tercio libre?

Se concede al viudo la facultad de distribuir á *su prudente arbitrio*. La ley supone en él suficiente interés y cariño hacia sus hijos, y por eso autoriza la excepción, estimando que su arbitrio ha de ser prudente, moderado, fundando en su caso la desigualdad. A lo más, puede decirse que le recomienda la prudencia en la distribución, pero no como un mandato, sino como una recomendación, consejo ó advertencia, que no desvirtúa lo referente al hecho de distribuir á su arbitrio, ni mucho menos impone como imprescindible la igualdad. Aquí hay desde luego una autorización excepcional: ¿para qué? No es con relación al tercio de legítima, porque éste ha de repartirse con estricta igualdad; no es con relación al tercio de mejora, porque se le concede desde luego y con separación la facultad de mejorar; luego esas palabras van dirigidas hacia otro punto, hacia el tercio libre, que podrá distribuirse al arbitrio prudente del comisario.

Parece esto anómalo, primero, porque la ley, al designar los herederos en la sucesión intestada, ordena también la forma de la distribución de todo caudal sin distinción de tercios; segundo, porque dar el tercio libre ó parte de él á un hijo con exclusión de los demás, equivale á escoger un heredero entre les designados por la ley, para que disfrute una determinada porción, y tercero, porque bien pueden referirse las palabras *distribuir á su prudente arbitrio*, á la designación, dentro de la igualdad de cuotas, de los bienes especiales que á cada heredero quiera adjudicar.

Creemos, sin embargo, firmemente que el artículo va más

allá. Si procediesen en absoluto las reglas de la sucesión intestada, sobraba la autorización. El criterio de la ley es más amplio; por de pronto, permite mejorar, cosa que no se admitiría si se hubieran de respetar las reglas de la sucesión intestada; y si permite tocar al tercio de mejora, parte de la legítima, y alterar en cuanto á él la igualdad, ¿por qué se ha de oponer á que también se altere esa igualdad en cuanto al tercio libre? Es más: la frase «sin perjuicio de las legítimas», ó significa que, con tal de respetar éstas, puede el cónyuge que sobreviva distribuir el resto como quiera, aunque prudencialmente, por motivos fundados, ó no sólo sería supérflua en el art. 831, sino contraproducente, porque si, aparte de las mejoras, el resto hubiera de distribuirse con igualdad, claro es que cada hijo recibiría doble porción de su legítima y no cabría perjuicio; ni sería propio hablar de legítimas estimando aplicables las reglas de la sucesión intestada. Por último, distribuir, y distribuir con prudente arbitrio, es algo más que dividir ó partir, es dividir ó partir, pero sin precisar igualdad; es asignar á cada hijo bienes de la herencia en la proporción que se quiera, siempre que esa asignación se inspire en la prudencia, y se respeten las legítimas, las mejoras hechas por el causante, y las donaciones que éste hizo en vida, ó los legados que en su caso dispusiese y quepan en el tercio de libre disposición. Las costumbres forales, de donde se ha tomado el precepto, abonan esta solución.

Muerto un cónyuge sin testamento, sus bienes corresponderían desde luego á sus descendientes, y la herencia se distribuiría entre ellos con arreglo á la ley. En el caso del art. 831 el cónyuge ha muerto sin testar; sus bienes son desde luego de sus hijos y descendientes; pero en vez de dividirse entre los mismos con entera igualdad, puede distribuirlos á su prudente arbitrio, y sin perjuicio de las legítimas el cónyuge sobreviviente, cuando así se hubiere pactado en las capitulaciones matrimoniales. Esto es todo.

El art. 831 se refiere á un pacto recíproco entre los cónyuges, y á todas las facultades que en el mismo se pueden conce-

der. Más facultades no es posible, pero menos sí, porque autorizado lo más, se autoriza lo menos; concedido el todo, queda concedida la parte. Así es que puede autorizarse al cónyuge sobreviviente sólo para mejorar á los hijos comunes, ó sólo para distribuir entre ellos el tercio libre, y con mayor razón, limitarse aun estas autorizaciones estableciendo determinadas bases á las que haya de ajustarse el comisario, ya en relación á las cosas en que deba consistir la mejora, ya á la cuota ó porción igual ó desigual que deba asignarse á cada hijo ó descendiente, ya á otros particulares distintos que no excedan los límites del artículo.

Lo que no es posible es traspasar estos límites, reputándose pactos ilícitos el de facultar al cónyuge para mejorar y distribuir aunque contraiga segundas nupcias, la de permitirle la distribución del tercio libre entre extraños ó fuera de los descendientes comunes, la de perjudicar las legítimas, revocar las mejoras hechas, etc.

El pacto puede también no ser recíproco, lo que equivale á la renuncia de su derecho por parte de ambos cónyuges, puesto que su consentimiento ha de constar en las capitulaciones, y concedido el derecho á los dos para dar y recibir la autorización, creemos válido el pacto aunque sólo por uno y en favor de otro se establezca. En el caso de que uno de los cónyuges tuviere hijos de otro matrimonio anterior, por ejemplo, tiene explicación que el pacto no sea recíproco.

III. *Aplicación del art. 831.*—Supuesta la existencia del pacto en las capitulaciones matrimoniales, y su validez, sigamos paso á paso, aunque brevemente, lo que pudiéramos llamar su vida en la práctica.

a) Las capitulaciones matrimoniales son desde luego irrevocables, y hasta ese carácter de irrevocabilidad da el Código á las mejoras y á las promesas de mejoras contenidas en las mismas; pero téngase presente que el derecho á que se refiere el art. 831 tiene un carácter condicional, pues sólo produce efecto en el caso de fallecer *intestado* uno de los cónyuges ó el que con-

cedió la autorización. Este puede revocar ó dejar sin efecto el pacto sólo con hacer testamento ó con disponer á título gratuito durante su vida del tercio de mejora y del tercio libre, en cuyo caso sólo quedaría concedida la partición con igualdad de la legítima.

Además, el divorcio por culpa del cónyuge que sobrevive, la mala fe por su parte en caso de nulidad del matrimonio, y su desheredación en un testamento que, ó no disponga de todos los bienes, ó se anule sólo en cuanto á la institución de herederos, debe estimarse que también deja el pacto sin efecto.

b) Al ocurrir el fallecimiento intestado de uno de los cónyuges que establecieron el expresado pacto, y supuesta la existencia de descendientes, y lo mismo en caso de declararse la presunción de muerte por ausencia, nace el derecho del cónyuge sobreviviente á distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto y á mejorar en ellos á los hijos comunes. En el mismo momento nace también el derecho de los descendientes á la herencia del fallecido. Si el cónyuge sobreviviente renuncia á ejercitar la facultad que le corresponde, ó los descendientes no aceptan la herencia, ó son indignos de suceder, no cabe la aplicación del art. 831, por faltar la persona á quien se encomienda la distribución, ó las personas entre quienes debía distribuirse el caudal del cónyuge premuerto, abriéndose la sucesión intestada.

c) En el caso en que proceda la aplicación de dicho artículo, ¿deberán obtener los descendientes comunes la declaración de herederos abintestato? Aunque nuestra opinión es contraria, porque no existe motivo para desconfiar de la designación que haga el cónyuge sobreviviente de las personas que son sus hijos ó nietos, y porque al dársele facultad para mejorar, y poder, por tanto, recaer la mejora en un nieto á quien no corresponda la herencia ni alcance la declaración, no parece necesaria tal formalidad; la juzgamos conveniente para revestir el acto de las mayores garantías de verdad, determinar las personas á quienes por la ley se defiere la herencia, y evitar cuestiones que pudieran suscitarse, dado el silencio del artículo sobre esta cuestión.

d) ¿Dentro de qué plazo debe el cónyuge sobreviviente desempeñar su cometido? Como hemos dicho, los bienes del premuerto corresponden á sus herederos desde el momento de su muerte: sobre los bienes no confiere derecho alguno al viudo el pacto á que se refiere el art. 831, por lo cual es evidente que carece de facultades para retenerlos en su poder y usufructuarlos el tiempo que le plazca. Ha de entregarlos, pues, á los herederos, distribuyéndolos á su prudente arbitrio dentro de un plazo limitado, á no consentir los descendientes otra cosa distinta. Cuál sea ese plazo no lo dice la ley; pero en este punto, si nada se estableció en las capitulaciones matrimoniales, debe considerarse al cónyuge viudo como una especie de contador especial, nombrado por el causante para verificar la partición. Teniendo en cuenta exigencias de la ley del impuesto de derechos reales, este plazo es de seis meses, prorrogable fácilmente por otros seis, y aun entonces cabe practicar liquidación provisional, concediéndose después un año más para la liquidación definitiva, prorrogable en virtud de justa causa, y como, por otra parte, los artículos 904 y 905 del Código fijan también el plazo de un año, prorrogable por otro, y aun más, en caso de necesidad, para el desempeño del cargo de albacea, no vemos inconveniente en aceptar la solución indicada. Todo el tiempo que pueda concedérsele á un contador, podrá ser utilizado por el cónyuge.

Se atenderá, pues, primero á lo consignado en las capitulaciones matrimoniales; después, á la voluntad de los descendientes interesados, y en último término á las citadas disposiciones.

Si sorprende al cónyuge la muerte sin realizar su misión, que puede cumplir también en su testamento, si se incapacita ó si contrae segundas nupcias, han de aplicarse las reglas relativas á la sucesión intestada.

e) La facultad concedida al cónyuge se refiere á los *bienes del difunto*. Para saber cuáles sean éstos, bastará atender á lo que conste en las mismas capitulaciones matrimoniales, si se pactó la separación, ó á lo ya establecido en caso de haberse acordado

después esa separación y ser admisible la facultad del viudo; pero si nada se estipuló sobre dicho particular, si expresamente se aceptó el régimen de la sociedad de gananciales, y no medió esa separación posterior de bienes, ha de liquidarse la sociedad conyugal entre el socio sobreviviente y los herederos del que murió, y para ello, si estos herederos ó alguno de ellos son menores de edad, ha de nombrárseles un defensor judicial, por ser sus intereses encontrados con los del viudo, y no poder éste, en tal acto previo, representarles.

El inventario deberá llevarse á efecto en caso de haber interesados menores, por analogía con lo dispuesto en el art. 1057, ó cuando la herencia se aceptase á beneficio de inventario, con citación de los acreedores y demás interesados en su caso. Al caudal que resulte propio del causante, después de deducidas las deudas, y teniendo en cuenta los gananciales, si existen, se aumenta el importe de las donaciones colacionables, calculándose así el importe del tercio de legítimas, del tercio de mejoras y del tercio de libre disposición. Conocidos estos datos, y respetando las legítimas, y los actos realizados por el cónyuge premuerto, en cuanto no fueren inoficiosos, el cónyuge sobreviviente mejora, si quiere, y distribuye á su prudente arbitrio el caudal.

Sus facultades, dentro de estos límites, son omnímodas, y aunque más importantes, gozan de la misma autoridad y eficacia que las operaciones particionales realizadas por la persona á quien el testador expresamente facultó para hacerlas en el caso del art. 1057. Aunque haya interesados menores de edad, ni necesitan defensor judicial, ni la distribución ya realizada necesita la aprobación del juzgado.

Las palabras «prudente arbitrio», como hemos dicho, son más bien una suposición de que el cónyuge, por su cariño é interés, ha de obrar reflexivamente, y no por capricho, como le aconseje su prudencia, y no con completa arbitrariedad, y, á lo más, una recomendación. Después de usar el cónyuge del derecho que se le concede, y siempre que no perjudique las legítimas

y respete los actos realizados por el causante, no es posible anu, lar ni rescindir sus actos bajo pretexto de que no obró con prudencia. El cónyuge es en esto su propio juez, por lo que estimamos que su prudencia no es punto discutible.

f) Practicada la distribución, sólo cabe la rescisión de las operaciones practicadas por lesión, en el caso de que se perjudique la legítima de los herederos forzosos, ó no se respeten las mejoras hechas por el causante, ó la nulidad, por no acomodarse el cónyuge á las bases en su caso establecidas en las capitulaciones matrimoniales, haber contraído segundas nupcias ú otro vicio esencial.

El plazo para pedir la nulidad ó la rescisión será de cuatro años, contados desde la fecha de la partición, y si hubiere interesados menores de edad, teniendo en cuenta que la persona que ha realizado la distribución es la misma á quien corresponde su representación legítima, desde que lleguen á la mayor edad, por analogía con lo preceptuado en el párrafo 6.° del artículo 1301, y en el 2.° del 1299, en relación con el número 1.° del 1291 (1).

Códigos extranjeros.—Reconocen el carácter personalísimo de la facultad de mejorar todos los Códigos que aceptan la mejora, aunque no establezcan este precepto especial (salvo el de Méjico) y se refieran en general al testamento.

El art. 831 no tiene concordantes.

---

(1) Declara la sentencia de 31 de Enero de 1899 «que la cláusula de un testamento sobre mejora del tercio á favor del nieto del testador que case con el consentimiento paterno, para la casa petrucial, no se opone á los artículos 830 y 670 del Código civil, porque inspirada en el espíritu ó en la razón filosófica del art. 831, que con el propósito manifiesto de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna, faculta á los cónyuges para pactar en las capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado alguno de ellos, pueda el viudo mejorar en los bienes del difunto á los hijos comunes, no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora, sino á la del padre mismo de los llamados en el testamento, quien á la par, para que su elección tenga eficacia, ha de constar necesariamente, según el sentido de la cláusula, no susceptible de interpretaciones distintas, con el concurso de la voluntad del mejorado, ya por lo que respecta á su matrimonio, ya por lo que toca á su instalación en la llamada casa petrucial».

ARTÍCULO 832

Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los arts. 1061 y 1062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes.

Precedentes.—La ley 20 de Toro aceptaba la misma doctrina, contenida también en el art. 664 del proyecto de Código de 1851, y 817 del de 1882.

Comentario.—Puesto que el mejorante no determinó las cosas en que debió consistir la mejora, ésta debe pagarse con los bienes que haya en la herencia, considerando al mejorado como un partícipe que ni debe tomar lo mejor ni lo peor.

Con arreglo á los arts. 1061 y 1062, han de adjudicarse cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie que á los demás copartícipes, y si una cosa es indivisible ó desmerece mucho por su división, puede adjudicarse al mejorado ó á otro heredero, á calidad de abonar en dinero á los demás el exceso que tenga sobre su haber, bastando que un interesado pida la venta en pública subasta para que así se verifique.

Códigos extranjeros.—Concuerda este artículo con el 3522 del Código de Méjico.

ARTÍCULO 833

El hijo ó descendiente legítimo ó mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora.

Precedentes.—Ley 21 de Toro: «Mandamos que el hijo ú otro qualquier descendiente mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre, madre ó abuelo, que puedan, si quisieren, repudiar la herencia de su padre y madre ó abuelo, y aceptar la dicha mejoría, con tanto que sean primero pagadas las deudas del defuncto, y sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija parescieren, y por las otras que despues

parescieren, sean abligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en dicha mejoría de tercio y quinto. Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.»

Según el art. 665 del proyecto de Código de 1851 y el 818 del de 1882, «el hijo ó descendiente legítimo mejorado puede renunciar la herencia y admitir la mejora que le fué hecha entre vivos, pero no la hecha en testamento».

El Código generaliza el principio, cualquiera que sea la forma en que la mejora se constituyó, y omite, como los anteriores proyectos, todo lo relativo á deudas.

Comentarios.—Nada de particular encierra el precepto del artículo 833, porque es evidente que aquel á quien corresponden dos derechos, legítima y mejora, por ejemplo, puede válidamente aceptar el uno y renunciar el otro. Así como puede aceptarse la mejora y repudiar la herencia, también se puede admitir la herencia y rechazar la mejora.

El artículo se refiere á un mejorado á quien corresponde algún otro derecho en la sucesión, y principalmente á los descendientes herederos forzosos, que son los que en primer término pueden ser mejorados.

Se cree vulgarmente que el renunciar la herencia no puede tener más objeto que librarse de responsabilidades pecuniarias; pero es lo cierto que esto se evita sin necesidad de renunciar, aceptando á beneficio de inventario, y que muchas veces la renuncia obedece al deseo de favorecer á otros coherederos, ó al de evitar cuestiones y disgustos que no pueden apreciarse en dinero, ó á sentimientos y razones que exteriormente se desconocen, pero que tienen siempre su razón de ser.

No huelga el precepto, porque expresándose en el art. 990 que la herencia no puede ser aceptada en parte, pudiera dudarse si la mejora debía estimarse como parte de la herencia, y por tanto, si sería ó no válido aceptarla con independencia del resto de los bienes que se heredasen.

No obedece el precepto al ánimo en el legislador de librar de responsabilidades pecuniarias en la herencia al mejorado: primero, porque teniendo todo heredero el derecho de aceptar á beneficio de inventario, claro es que para evitar esa responsabilidad no necesita rechazar la herencia; segundo, porque el mejorado, como tal, al aceptar la mejora, aceptó cuantas obligaciones fuesen inherentes á la misma, de modo que, en cuanto á la mejora, la situación del renunciante es la misma antes que después de la renuncia; y por último, porque demuestra de un modo bien claro y terminante la ley 21 de Toro, que del hecho de renunciar la herencia no es consecuencia obligada el librarse del pago de las deudas hereditarias anteriores ó posteriores á la partición.

Leyendo con atención dicha ley, se adquiere el convencimiento de que, precisamente para que así no se entendiese, se dictó el precepto, como protesta contra aquel que pagaba el beneficio de la mejora con la ingratitud de querer prescindir de las obligaciones que con el beneficio le transmitía el causante. No dice la ley 21 de Toro que el mejorado que renunciaba la herencia era un heredero, sino que respondería, *como si lo fuese,* de las deudas.

El art. 665 del proyecto de Código de 1851 aceptó el principio, suprimiendo todo lo relativo á deudas. Goyena, al comentarlo, decía, sin embargo, que lo dispuesto en el Código, para fijar la legítima hacía innecesario todo lo relativo al pago de deudas, y que lo mismo había de entenderse respecto al legado de una parte alícuota de los bienes.

Estas palabras prueban que se aceptó el principio con las consecuencias que llevaba consigo, según la ley 21 de Toro; mas no en el sentido de considerar al mejorado como un sucesor en los derechos y obligaciones del difunto de un modo ilimitado, sino en el de quedar afecta la mejora, como era lógico y natural, á las oscilaciones que en su cuantía imprimiese la existencia de deudas anteriores ó posteriores á la partición.

Al repetir el mismo principio el art. 833, ¿hemos de creer

que se ha alterado esencialmente la doctrina? Lógicamente debe presumirse otra cosa: el legislador sigue creyendo innecesario fijar las consecuencias de la renuncia con relación á las deudas hereditarias. Así lo han creído también la mayoría de los comentaristas.

Y así es, en efecto. El art. 818 exige que se deduzcan previamente las deudas para fijar la legítima, y con ella la mejora en su caso, y de este modo de las deudas responden todos, herederos, mejorados y legatarios, porque todos verán reducido ó anulado su haber.

Cuando existen deudas ignoradas, que aparecen después de adjudicar á cada uno lo suyo, caso raro, porque supone gran negligencia por parte del causante y de los acreedores, el mismo art. 818 resuelve la cuestión, porque al resultar nuevas deudas, todo se reduce á rectificar la partición y reducir las cuotas lo mismo las de los legitimarios que las de los mejorados.

Si las deudas exceden del caudal, si el pasivo supera al activo, ni hay legítimas, ni hay mejoras. Los continuadores de la personalidad del difunto, si no aceptaron la herencia á beneficio de inventario, responderán de las deudas hereditarias con sus propios bienes; el mejorado, como tal mejorado, no, porque al no haber mejora por falta de bienes, no queda mejorado alguno, no quedan más que sucesores en las obligaciones del difunto. ¿Lo es el mejorado por títulos distintos á la mejora?: responde como los demás. ¿No lo es?: no puede responder por haber desaparecido la mejora.

Códigos extranjeros.—No existe concordante alguno de este artículo, con relación concreta á la mejora, en los Códigos de Chile, Colombia, Méjico ni Guatemala.

SECCIÓN SÉPTIMA

DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO

I.—PRECEDENTES: DERECHO ANTIGUO

Roma.—No encontramos en la legislación romana hasta la época de Justiniano disposición alguna que conceda derechos sucesorios al cónyuge viudo en la sucesión testada de su consorte. Este hecho no puede sorprender en aquella sociedad especial ni en aquella formularia legislación. Los mismos hijos y descendientes no llegaron á tener por derecho civil una legítima reconocida hasta esa misma época, aunque de hecho fuesen anteriormente herederos forzosos utilizando medios indirectos.

Justiniano dispuso que si alguno por sólo afecto casase con mujer sin dote y la repudiara después sin justa causa, debía entregar á dicha mujer la cuarta parte de sus bienes.

Así nació la llamada *cuarta marital.* Pensóse más tarde, que lo que se concedía en caso de repudiación, debía concederse también lógicamente en caso de muerte, y de aquí un nuevo precepto que asignaba á la viuda indotada la cuarta parte de los bienes de la herencia de su marido, siempre que dicha cuarta parte no excediese de 100 libras de oro.

Por último, el mismo Justiniano en la Novela 117, publicada en el año 541, modificó su doctrina, disponiendo que la viuda pobre recibiese la expresada cuarta parte *en propiedad* cuando concurriese á la herencia testada de su difunto consorte con personas que no fuesen descendientes; pero que, en concurrencia con hijos, sólo tendría una cuota *usufructuaria*, que sería igual á la de cada uno de esos hijos si quedaban más de tres de estos mismos hijos, y de una cuarta parte fija si quedaban tres ó menos de tres.

Pueblos germanos.—Lo que la inteligencia de aquel gran pueblo, de espíritu frío y egoista, llegó á comprender tan tarde y concedió al fin con regateos, había sido adivinado por el cora-

zón en la raza germana, en cuyas costumbres vivía ya mucho tiempo antes que entre los romanos la participación de la mujer en los bienes hereditarios de su difunto marido. Habiendo hijos, con igual derecho ellos que la esposa, recibían el caudal y prolongaban la existencia de la familia.

Roma, para llegar á tal resultado, tuvo que elevar considerablemente la personalidad de la mujer, sufrir la influencia del Cristianismo, y aun establecer el roce con los llamados pueblos bárbaros. En cambio, en estos pueblos de espíritu franco y apasionado, en los que la mujer era la compañera del hombre y compartía con él la autoridad en la familia, apareció bien pronto como cosa natural y sencilla esa participación de la madre en la fortuna de su esposo y de sus hijos.

Podrá discutirse cuanto se quiera respecto al cuerpo de leyes en que primero se convirtió en derecho escrito la antigua costumbre de dar á la viuda participación en los bienes de su difunto consorte. Parece lógico que la ley de los Bávaros ó Bojos sobre esta materia fuese anterior á la ley de los Visigodos, por la mayor rudeza y concisión de aquélla. Mas lo indudable es que la costumbre existía entre los pueblos germanos desde muy antiguo, y que en esa costumbre se halla el origen de los derechos del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto.

Fuero Juzgo.—Dos leyes encontramos en el Fuero Juzgo que hacen relación á este particular, que son las 13 y 15 del tít. 2.º, libro 4.º

Según la ley 13, «la madre muerta, los fiios deven fincar en poder del padre si son daquel casamiento, é deve tener su buena de los fiios, si se non casar con otra. Mas non puede nada vender ende, nin enagenar, mas todo el fructo deve aver, é desprender comunalmientre con sus fiios...» «E quando el fiio ó la fiia del padre se quisiere casar, el padre luegol dé su parte de la buena de su madre, é retenga para sí *la tercia parte* de aquello quel diere, por la lazera que tomó con ello; y el padre deve dar al fiio ó la fiia, pues que oviere veinte annos cumplidos, magüer que non se case, *la meetad* de quanto pertenesze á cada uno de la

buena de la madre, y *el otra meetad* tenga el padre en su vida, é después de su muerte finque á aquellos fiios...»

La enajenación de los bienes por el viudo motivaba la pérdida de estos derechos, mas no así el segundo matrimonio.

Según la ley 13, *antigua*, «la madre si se non casare despues de la muerte de su marido, deve partir igualmientre en todos los frutos de la buena de su marido con sus fiios, mientras visquiere; mas ni lo puede vender ni dar á ninguno de sus fiios. E si los fiios entendieren que la madre le quiere enagenar, ó por malquerencia, ó por otra cosa, díganlo al sennor de la cibdad ó al juez que ielo defienda, que aquellas cosas non pare mal. Mas el fructo que ella deve aver puédelo dar á quien quisiere de los fiios ó de las fiias; é aquello que ella ganare del fructo, puede dar á quien quisiere. E si daquella parte de la madre alguna cosa fuere enaienada, todo deve seer entregado despues de la muerte de la madre á los fiios, é despues de la muerte de la madre, el quinnon de la madre dévenlo aver los fiios egualmientre. E si la madre se casar despues de la muerte del marido, desdaquel dia adelantre deven aver sus fiios la parte que ella devia aver de la buena del marido si se non casare».

Hundióse en Guadalete el poder de los Godos; nuestra Patria fué invadida por los Arabes; pero quedaron en varios rincones de la Península restos de aquella raza tenaz, que primero pensó en defenderse y más tarde en extender su territorio, formándose lenta, pero progresivamente y con indepedencia, reinos diversos; y en cada uno de ellos y al compás de las circunstancias por que atravesaron, sufrió suerte distinta la legislación visigoda.

II —LEGISLACIÓN DE CASTILLA.

En Castilla, la concesión parcial de fueros municipales, acabó por borrar todo vestigio del Fuero Juzgo con relación á los derechos del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte. Algunos de esos fueros, entre ellos el de Baylío, disponían que todos los bienes de la herencia se dividiesen por mitad, cualquiera que fuese su procedencia, entre el cónyuge sobreviviente y sus

hijos. Y cuando Don Alfonso el Sabio acometió su gran labor legislativa, no incluyó aquellas olvidasdas disposiciones en sus Códigos. Lejos de eso, en el Fuero Real nada se encuentra sobre el particular, y en las Partidas vino á resucitar, aunque modificada, la doctrina romana de la cuarta marital, como si nada mejor pudiera en tal materia legislarse.

La razón de esto no sería difícil de encontrar. Existía en primer término, como hemos dicho, un completo olvido de las leyes visigodas, y aun tal vez cierto desprecio hacia las mismas. Después, había una marcada predilección por la legislación romana, que impulsó á aquel Sabio Monarca y verificar su traslado casi íntegro en las Partidas, tal vez escritas pensando en aquel sueño de llegar á ser Emperador de Alemania, que no llegó á realizarse. Por último, aun reflexionando sobre el precepto que debía establecerse con relación á los derechos sucesorios del cónyuge viudo, debió suponerse que, dado el sistema de gananciales aceptado en España, ó el sistema dotal aceptado en Roma, el cónyuge no quedaba de ordinario desamparado al morir su consorte, y por tanto, que sólo merecía el favor de la ley cuando realmente y á pesar de tales sistemas, no le quedase lo suficiente para vivir bien y honestamente, por falta de dote, por falta de disposiciones testamentarias en su favor, ó por cualquier causa. Libre era desde luego el testador para dejar algo voluntariamente á su consorte. Limitóse, como en Roma, la cuarta marital á la viuda, por creer que el viudo podría siempre, aunque sólo fuese con su trabajo ó profesión, atender á su subsistencia.

El contenido de la ley 7.ª, tít. 14, Partida 6.ª, que se ocupa de este particular, es el siguiente: «Páganse los omes á las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, magüer sean pobres, por ende guisada cosa é derecha es, pues que las aman é las honran en su vida, que non fiuquen desamparadas á su muerte. E por esta razón tuuieron por bien los sabios antiguos que si el marido non dexasse, á tal muger, en que pudiesse bien y onestamente beuir, nin ella lo ouiesse de

lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes dél, magüer haya fijos; pero esta cuarta parte non deue montar mas de cient libras de oroquanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como ésta ouiesse de lo suyo con que pudiese beuir onestamente, no ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon desta quarta parte.»

Las Partidas concedían derecho, por lo tanto, sólo á la viuda, y á la viuda que no pudiese vivir bien y honestamente de lo suyo; pero concedían ese derecho en propiedad, existiesen ó no hijos, y con el fin de que no quedase desamparada á la muerte del que con ella compartió la existencia. El Fuero Juzgo atendía á la conservación de la familia: concedía el derecho al padre ó á la madre solamente, y no al viudo cuando no existiesen hijos, y lo concedía, fuese la que fuese la condición social ó la fortuna de esos padres, siempre en usufructo, y como premio á su celo, cuidado y desinterés para la creación, administración y conservación del patrimonio familiar.

El precepto de las Partidas continuaba vigente al publicarse el Código civil. La viuda, siendo pobre, tenía derecho en la sucesión testada á la cuarta marital, siempre que no excediese de 100 libras de oro, y en la intestada tenía igual derecho cuando, dado el orden de los llamamientos, no la correspondiese toda la herencia.

Para más detalles sobre la cuarta marital, nos referimos á lo que quedó expuesto en el tomo 5.º de esta obra, pág. 248.

El proyecto de Código de 1851 decía en el art. 653:

«Los padres y ascendientes *pueden* disponer en favor de su cónyuge *en usufructo:*

»1.º De la quinta parte de la legítima, si deja dos ó más hijos ó descendientes que les representen.

»2.º De un cuarto de la legítima del hijo, si queda uno solo, ó descendientes que le representen.

»Si el testador deja sólo ascendientes, cualquiera que sea su número, *puede* disponer hasta de la mitad de su herencia *en propiedad* á favor de su cónyuge.

»El cónyuge binubo no gozará de la facultad concedida en este artículo.»

III.—Legislaciones forales

Muy distinta que en Castilla fué la suerte que cupo á los citados preceptos del Fuero Juzgo en Aragón, Navarra, Cataluña y Vizcaya. Lejos de desaparecer en esas regiones el derecho del cónyuge viudo, adquirió mayor fuerza y preponderancia en beneficio de la clase noble, é inspirándose en el mismo fin de mantener la unidad de la familia y del patrimonio familiar. Con el transcurso del tiempo la institución ha sufrido modificaciones diversas, subsistiendo en Navarra y Aragón con toda su antigua importancia, y reduciéndose en Cataluña y Vizcaya á un usufructo de limitada duración.

Expondremos brevemente la legislación especial de las expresadas regiones.

Navarra.—La ley 3.ª, cap. 3.º, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero concedía el usufructo de viudedad en los bienes de su difunto consorte al infanzón que tuviese *fealdat* ó fidelidad; y la ley 4.ª, capítulo 5.º del mismo título y libro, negaba ese derecho al villano. Borrada más tarde la distinción entre villanos é infanzones, la costumbre extendió el derecho á todas las clases.

Consiste el usufructo de viudedad en el derecho de disfrutar el cónyuge sobreviviente, teniendo fealdat, todos los bienes muebles ó inmuebles, derechos y acciones, que deje á su fallecimiento el cónyuge premuerto, cualquiera que sea su procedencia, compra, herencia ó donación.

No habiendo hijos, el derecho es algo más extenso que un simple usufructo, pues se concede al viudo la facultad de vender los bienes en caso de necesidad, y después de su muerte esos bienes vuelven al tronco de que procedían.

Se concede el usufructo de viudedad á todo viudo ó viuda que tenga fidelidad, y por tanto, al binubo y al que con él contrajo matrimonio, lo cual perjudica notablemente á los hijos, y constituye un lunar que afea la institución.

Se tiene fealdat ó fidelidad respetando la memoria del difunto, pagando sus deudas, criando y educando á los hijos, sin que sea indispensable que vivan en su compañía, no casándose, no vendiendo ni gravando los bienes, cuidándolos y conservándolos como un buen padre de familia. También se exige la formación de inventario, que ha de empezarse dentro de los cincuenta días, á contar desde el fallecimiento, y terminarse en otros cincuenta, y la prestación de fianza; pero de estos deberes el primero se descuida, estimándose que sólo se exige en el usufructo legal y no en el convencional, y del segundo acostúmbrase á eximir al cónyuge viudo.

En cuanto á la pérdida del derecho de viudedad, puede motivarse en el hecho de contraer segundo matrimonio, vender, permutar ó empeñar las cosas usufructuadas, no cuidarlas en la forma debida, y, en general, no cumplir las obligaciones que impone la fealdat. No obstante, si los hijos renuncian al derecho de recibir su parte al contraer el viudo segundo matrimonio, continúa éste en el usufructo de todos los bienes hasta que se reclame la división.

Aragón.—Los Fueros y Observancias de Aragón contienen multitud de disposiciones referentes al derecho de usufructo concedido al cónyuge sobreviviente sobre los bienes del premuerto: derecho que se conoce con el nombre de *viudedad.*

El Fuero 1.°, *De jure dotium*, establecía ya este derecho, si bien de una parte sólo le concedía á la viuda, y de otra recaía sobre *todos* los bienes de la sucesión.

En el transcurso del tiempo la práctica cambió la expresada regla, y ya en las Observancias aparece el derecho de viudedad extendido lo mismo al marido que á la mujer, y limitado en cambio á los bienes *sitios* ó raíces.

No es preciso que el derecho de viudedad se pacte expresamente. Pero la voluntad de las partes es ley predominante que se respeta ante todo; de modo que los cónyuges pueden modificar por pacto el derecho de viudedad, limitándolo por cierto tiempo ó á determinados bienes ó extendiéndolo á los muebles.

Salvo pacto ó estipulación en contrario, los bienes sobre que recae este usufructo han de ser los considerados como inmuebles ó sitios, radicantes en Aragón y pertenecientes *en propiedad* al cónyuge difunto, aunque nunca hubiese tenido su posesión; poco importa que la adquisición fuese anterior al matrimonio ó posterior á él, por título oneroso ó por título lucrativo, y que fuesen ó no vinculados, así como que esos bienes sean realmente sitios, ó, aun no siéndolo, que se aportasen como tales.

Si el usufructo se extiende á los bienes muebles, ya por haberse aportado como sitios, ya por pacto de las partes, es indispensable formar inventario y prestar caución de restituir esos bienes al propietario, concluído el usufructo. En los verdaderamente sitios la práctica no obliga al cónyuge sobreviviente á dar caución.

El usufructuario debe pagar con ciertas limitaciones las deudas que existan contra la testamentaría, conservar los bienes en buen estado, no enajenarlos ni gravarlos, criar y educar á los hijos, y conservarse en estado de viudez, debiendo, además, la viuda vivir honestamente.

Termina el usufructo foral de Aragón por muerte del usufructuario, por renuncia expresa, por enajenación pura del derecho, por consentir la enajenación de los bienes, por proceder á la división de los inmuebles con los herederos del cónyuge premuerto, por causar uno de los esposos la muerte del otro, por prescripción y por contraer segundas nupcias. Tratándose de la viuda, existen otras dos causas especiales, que son el adulterio, que impide que nazca el derecho, y el vivir públicamente de un modo deshonesto.

Cataluña.—En esta región llegó á existir el usufructo foral ó derecho de viudedad con la misma extensión que en Navarra; pero más tarde quedó limitado á un simple derecho de alimentos durante el año del luto, ó á una especie de garantía concedida á la mujer para asegurar la devolución de su dote ó esponsalicio.

Es lo cierto que en Cataluña hay que distinguir entre el usufructo legal á favor del cónyuge sobreviviente en la sucesión de

su difunto consorte y el usufructo convencional, que suple á la ley y reviste gran importancia.

Legalmente, los derechos del cónyuge son bastante limitados.

Muerto el marido, corresponde á la mujer la posesión ó tenuta de todos los bienes muebles é inmuebles, derechos ó acciones de la sucesión durante el año de luto ó siguiente á la muerte, con la obligación de formar inventario.

Después del año, la mujer que aportó bienes al matrimonio puede aún hacer suyos todos los frutos de aquellos bienes, hasta que se halle reintegrada por completo de su dote y de su esponsalicio, salvo cuando existan en la herencia alhajas ó dinero en cantidad suficiente á cubrir el importe de dichas donaciones, ó cuando el marido, para seguridad de las mismas, señaló determinados lugares ó rentas ú otros bienes, de los que puedan provenir rentas anuales suficientes, en cuyo caso sólo sobre esas rentas, lugares ó bienes recaerá su derecho.

Independientemente de este limitado usufructo, rige en Cataluña la Novela 117, que concede á la viuda pobre la cuarta marital en los bienes de su difunto esposo, ó una cuota igual á la de cada uno de los hijos, si éstos son más de tres; cuota que le corresponde en usufructo si quedan descendientes, y en otro caso, en propiedad.

Pero si legalmente no existen otros derechos, y éstos sólo se establecen en favor de la viuda, convencionalmente en capitulaciones matrimoniales, ó por testamento, es muy frecuente que los cónyuges se dejen el usufructo de todos los bienes, con la obligación de alimentar á los hijos y no contraer segundas nupcias.

Vizcaya.—En Vizcaya, quedando descendientes, al morir uno de los cónyuges continúa la comunidad de bienes entre ellos y el viudo. Si no quedan descendientes, se establece á favor del cónyuge sobreviviente el usufructo foral durante un año y un día de viudedad. Si al pasar este período aun no se hubiere pagado ó restituído la dote, puede el sobreviviente seguir percibiendo los frutos de los bienes hereditarios.

Se requiere para el disfrute de este derecho que el viudo ó viuda hayan hecho alguna aportación al matrimonio, y se pierde el usufructo por contraer segundas nupcias.

Mallorca.—La mujer, en el caso de quedar hijos ó descendientes de su unión, continúa al fallecimiento de su marido al frente de la casa, en la posesión usufructuaria de los bienes relictos. Aunque no hay ley alguna que lo establezca, es un hecho reconocido, una costumbre arraigada y muy general.

IV —Legislación extranjera.

Conocidos ya, aunque no con la extensión que hubiéramos deseado, los derechos que en nuestra patria, y hasta la publicación del Código, se concedían al cónyuge viudo en la sucesión testada, completaremos este trabajo con un resumen de las disposiciones referentes á esta materia en los más importantes Códigos extranjeros.

En la exposición de la mayoría de los comentaristas sobre este particular, no es raro encontrar cierta confusión entre los derechos del cónyuye en la sucesión testada y los que le corresponden en la sucesión intestada.

Chile.—La legítima del viudo ó viuda recibe el nombre de *porción conyugal.*

Corresponde al cónyuge sobreviviente no divorciado ó que lo esté por culpa del premuerto, cuando carece de lo necesario para su congrua sustentación. El momento que determina el nacimiento del derecho es de la muerte del causante; si en esa época el viudo es pobre, nada importa que con posterioridad adquiera bienes, y si es rico, no se le otorga la porción conyugal aunque después caiga en la pobreza. Al efecto, se imputan á su porción cuantos bienes le correspondan en la sucesión del difunto por cualquier título, incluso su mitad de gananciales, y si algo le falta, sólo puede pedir el complemento de su legítima, pudiendo también retener lo que posea ó se le deba, renunciando la porción conyugal, ó pedir la porción conyugal, abandonando sus otros bienes o derechos.

La porción conyugal es la *cuarta parte* de los bienes de la persona difunta en todos los órdenes de la sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. Habiendo tales descendientes, el viudo ó viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima *rigurosa* de un hijo. La porción conyugal se asigna *en propiedad.*

Colombia y Uruguay.—Los preceptos de estos Códigos son iguales á los del de Chile, que quedan expuestos.

República Argentina.—El Código de esta nación asigna también una porción forzosa en propiedad al cónyuge sobreviviente no divorciado ni separado sin voluntad de unirse, ó divorciado sin culpa alguna por su parte.

Esta porción es igual á la de cada uno de los hijos si concurre con éstos á la herencia, y á falta de descendientes legítimos, consiste en la mitad do los bienes del difunto.

Respecto á la imputación de lo recibido por el cónyuge sobreviviente por voluntad del premuerto, rigen preceptos análogos á los de los Códigos de Chile y Colombia.

Veracruz.—Determina este Código, como el de la República Argentina, que cuando quedaren hijos ó descendientes legítimos ó legitimados, el viudo adquirirá una parte igual á la legítima de cada uno de los hijos. En lo demás, se refiere á lo dispuesto sobre los derechos del cónyuge en la sucesión intestada.

Pero el cónyuge sólo obtiene tal beneficio cuando carezca de bienes suficientes para vivir, según su estado, en cuyo caso se le adjudicará sólo lo que falte para que su caudal iguale á la legítima de uno de los hijos.

Alemania.—En concurrencia con descendientes, el viudo ó viuda tiene derecho á una cuota *en propiedad*, igual á la octava parte de la herencia. Concurriendo padres, abuelos, hermanos ó sobrinos, su cuota asciende á la cuarta parte de los bienes. Y, á falta de dichos herederos, le corresponde la mitad.

Esto por lo que afecta á la sucesión testada. En la intestada la cuota es doble, cuarta parte, mitad ó toda la herencia respectivamente.

Guatemala.—Tanto en la sucesión testada como en la intestada, la viuda pobre y el viudo pobre é impedido ó mayor de sesenta años que no estuvieren divorciados, tienen derecho á una cuota en propiedad, que siempre consiste en la cuarta parte de los cuatro quintos de la herencia, pues se ordena que para fijar esa cuota se deduzcan previamente las deudas y el quinto de los bienes.

Como en Chile, se atiende para calificar el estado de pobreza al momento de la muerte del causante, y en la cuota se imputa lo que el difunto, por título de herencia, legado ó donación, haya dejado al sobreviviente.

Luisiana.—Si el cónyuge premuerto es rico, y el que sobrevive pobre, podrá tomar éste en la herencia un cuarto *en propiedad* y otro cuarto *en usufructo*, cuando no queden sino tres hijos. Quedando más de tres, sólo tendrá derecho á una parte en usufructo, igual á la de un hijo, y se le imputará en ella lo que le haya sido legado por el difunto.

Austria.—La cuota se asigna *en usufructo* y se sigue el derecho romano. A falta de descendientes, consiste esa cuota en la cuarta parte de la herencia. En concurrencia con hijos, si éstos son menos de tres, corresponde al cónyuge la misma cuarta parte; si son tres ó más, una porción igual á la de cada uno de los hijos.

Italia.—El cónyuge contra quien no exista sentencia de separación personal, pasada en autoridad de cosa juzgada, tiene derecho sobre la herencia testada ó intestada del otro cónyuge, cuando éste deja hijos legítimos ó descendientes de éstos, al *usufructo* de una porción igual á la que corresponde á cada hijo á título de legítima, *comprendiendo también al esposo en el número de hijos.*

Si el testador no deja descedientes, pero sí ascendientes, se reserva al cónyuge la cuarta parte en usufructo.

Si no quedan descendientes ni ascendientes, la cuota del cónyuge es la tercera parte.

En todo caso, el cónyuge debe imputar en su cuota, no sólo

cuanto se le haya dejado en testamento, sino también lo que perciba por efecto de los contratos matrimoniales.

La legítima del viudo recae siempre sobre la porción libre.

El usufructo del cónyuge viudo puede sustituirse por la constitución de una renta vitalicia á su favor, ó la asignación de frutos de bienes inmuebles, ó de un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y en su defecto, por mandato judicial. Hasta que su derecho se haga efectivo en cualquier forma, quedarán afectos á la seguridad de la legítima todos los bienes de la herencia.

Francia.—Su Código no concedía legítima al cónyuge viudo, y puede afirmarse que tampoco hoy se le concede en la sucesión *testamentaria*.

Dispone el art. 1094, aún vigente, que los cónyuges *podrán*, sea por contrato matrimonial, sea durante el matrimonio, para el caso en que no queden hijos ni descendientes, disponer en favor del que sobreviva, en propiedad, de toda la porción libre, y además del usufructo de la totalidad de la porción de que la ley prohibe disponer en perjuicio de los herederos. Y para el caso de que el esposo donante dejare hijos ó descendientes, *podrá* disponer en favor del otro, bien de una cuarta parte en propiedad y otra cuarta parte en usufructo, bien de la mitad de sus bienes en usufructo solamente.

En la sucesión *intestada*, preceptuaba el art. 767 que cuando el cónyuge premuerto no dejase parientes algunos con derecho á sucederle ni hijos naturales, pasarían sus bienes al cónyuge sobreviviente no divorciado.

La ley de 9 de Marzo de 1891 ha modificado este último artículo sin tocar al 1094, y enmendando la injusticia anterior, ha concedido al cónyuge viudo no divorciado, en los casos en que no le corresponda suceder en toda la herencia, una cuota *en usufructo*, que consiste en la cuarta parte de los bienes cuando concurren descendientes legítimos, ó en una parte igual á la del hijo que menos perciba cuando quedan hijos de anterior matrimonio, pero sin que este caso pueda nunca exceder de di-

cha cuarta parte. Si no quedan descendientes legítimos, la cuota usufructuaria consiste en la mitad de la herencia.

Para el cálculo de la cuota se tienen en cuenta todos los bienes de que el causante hubiese dispuesto por donación ó testamento (disposición parcial) en su caso; mas el usufructo sólo puede recaer sobre aquellos bienes de que haya dejado de disponer, y sin perjuicio del derecho de reversión *(retour succesoral)* y de la legítima de otros herederos forzosos que puedan concurrir. De modo que si de nada dispuso el causante, por proceder respecto á todos los bienes la sucesión intestada, el cónyuge disfrutará íntegra su cuota; mas si habiendo hecho testamento, dispuso de todo en favor de otras personas, el cónyuge no disfruta legítima, pues su derecho en la sucesión testamentaria es potestativo en el causante y se contiene en el citado art. 1094 y en la facultad de disponer de la porción libre. Por esto hemos indicado que la ley de 9 de Marzo de 1891 presume la voluntad del difunto respecto á los bienes sobre que deja de manifestarla, mas no contraría nunca esa voluntad. Claro es que el cónyuge puede reclamar los derechos que en virtud del repetido artículo 1094 le fueron concedidos en el contrato matrimonial ó durante el matrimonio, con preferencia á otros terceros favorecidos en el testamento, cuando las disposiciones referentes á éstos le perjudiquen. Hasta que se realiza la partición es potestativo en los herederos asignar al cónyuge una renta vitalicia.

Pierde el viudo su derecho por contraer segundo matrimonio si quedaron hijos del primero, y por haber recibido del difunto donaciones ó legados que igualen ó superen la cuota que le corresponda. Si no llegan al importe de dicha cuota, sólo puede el cónyuge pedir el cumplimiento de su porción.

Bélgica.—Regían los mismos preceptos que en Francia. El artículo 1094, concediendo igual facultad en los contratos matrimoniales, y el art. 767, llamando al cónyuge en la sucesión intestada después de todos los parientes con derecho á heredar.

La ley de 20 de Noviembre de 1896 ha modificado el último

de los citados artículos, siguiendo también ahora las inspiraciones del derecho francés.

Al cónyuge viudo no divorciado ni separado corporalmente del difunto, se le asigna, cuando no le corresponde toda la herencia, una cuota *en usufructo,* que si concurren hijos, ha de ser igual á la del hijo que menos perciba, sin que pueda exceder de la cuarta parte si el difunto dejase hijos de anterior matrimonio; si concurren ascendientes, hermanos ó sobrinos, la cuota será de la mitad; y si no quedan más que colaterales que no sean hermanos ó sus descendientes, se fija en la totalidad.

Como en Francia puede asignarse al cónyuge una renta vitalicia mientras se realiza la partición, y como en Francia la cuota se computa con relación al valor de todos los bienes existentes al fallecer el cónyuge, agregando el de todos aquellos que hubiese dispuesto *inter vivos* ó *motis causa;* pero sólo recae el usufructo sobre los bienes de la porción disponible de que no hubiera dispuesto el premuerto, con derecho en este caso á ejercitar el consignado en el art. 1094.

Méjico.—En la sucesión testamentaria, el cónyuge viudo sólo tiene derecho á *alimentos,* cuyo importe se fija por convenio ó judicialmente, teniendo en cuenta las necesidades del viudo y el producto de los bienes. Como es natural, ese derecho sólo puede reclamarse por el cónyuge cuando carezca de medios propios de subsistencia y no reciba bienes suficientes por la voluntad del premuerto; dura mientras subsiste la necesidad, y cesa al adquirir bienes y al contraer segundo matrimonio. Pierde el derecho á los alimentos por diversas causas de indignidad.

Baja California.—El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descedientes y careciendo de lo necesario, tiene el derecho de un hijo legítimo. Pero esta disposición se refiere á la sucesión *intestada* en todo ó en parte, pues sabido es que en este país se respeta la libertad de testar. Existe, no obstante, la obligación de dejar *alimentos,* entre otras personas, al cónyuge supérstite que siendo varón esté impedido de trabajar, ó que siendo mujer, los necesite, permanezca viuda y viva honestamente.

Portugal.—No concede derecho alguno al cónyuge viudo en la sucesión testamentaria.

Del resumen que queda hecho de la legislación extranjera se deducen las consecuencias siguientes:

1.ª En todos los países domina la misma tendencia de favorecer al cónyuge viudo con una legítima. La inmensa mayoría han llevado el pensamiento, más ó menos restringido, á sus Códigos, pudiendo asegurarse que si aún queda alguna región, como Portugal, donde no se conoce esa legítima, ni aun alimentos en la sucesión, no tardará en aceptarse por medio de una ley especial ó de la reforma de su Código civil. Y es que la verdad se impone, y aceptado el sistema de legítimas, no hay más remedio que incluir al cónyuge entre los legitimarios.

2.ª Las legislaciones han creído justo igualar al viudo con la viuda, prescindiendo de ciertas consideraciones y sutilezas que nada valen ante las razones esenciales que motivan la concesión de la legítima: ser el cónyuge y los hijos los únicos elementos que constituyen la verdadera familia, coadyuvar á la formación y conservación del patrimonio, ampararle en su viudez y conservarle su autoridad y su consideración en el hogar doméstico. Al mismo tiempo se exige que los cónyuges no se hallen divorciados ó que no lo estén por culpa del que sobrevive, y hasta algunos Códigos quieren que no se hallasen tampoco separados por su voluntad.

3.ª Las legislaciones, en su inmensa mayoría, atienden al amparo del viudo cuando realmente lo necesita, cuando por la muerte de su consorte tiene que descender de posición y de fortuna, ya por carecer de lo necesario para su subsistencia, ya por recibir en la sucesión bienes equivalentes á su legítima. Ha parecido anómalo á los legisladores que el cónyuge que cuenta por sus aportaciones al matrimonio, por sus gananciales, por la liberalidad de su esposo ó por cualquier causa, bienes suficientes para vivir, y quizás superiores á los de la persona fallecida, puede hasta mermar la porción que correspondería á los hijos si el cónyuge viudo no existiese.

4.ª En lo relativo á la naturaleza del derecho que como legítima se concede, unas legislaciones, atendiendo á que los bienes no puedan salir de la familia de que proceden, se han decidido por el *usufructo* (Italia, Austria, Francia, Bélgica); otras temiendo los graves inconvenientes económicos de esa desmembración del dominio, aumentados por su generalización á todos los casos de viudez, otorgan la cuota *en propiedad* (Alemania, Chile, República Argentina, etc.); alguna sigue un sistema mixto, como la Luisiana, ó sólo concede en la sucesión alimentos, como Méjico y Baja California.

V.—Reforma del derecho patrio en esta materia

Después de muchos siglos vienen los legisladores á reconocer que, con relación á los derechos del cónyuge viudo, era muy superior á la legislación de las naciones civilizadas la costumbre de los pueblos bárbaros.

Escritores y jurisconsultos venían defendiendo la idea de dar al viudo ó viuda mayor participación en la sucesión de su difunto consorte, ora extendiendo á toda la Península la viudedad del derecho aragonés, ora sustituyéndola por una cuota ó derecho fijo en la herencia del cónyuge premuerto, aplicable en todo caso é independiente en toda circunstancia posterior.

La misma frecuencia con que el marido y la mujer disponían en su testamento á favor del cónyuge sobreviviente del quinto ó del tercio de sus bienes, en suma, de la parte única respecto á la cual podían manifestar libremente su voluntad, era una prueba de las aspiraciones de los testadores, de las corrientes de la opinión y de la necesidad de la reforma. Se concibe que donde la libertad de testar es un hecho, no se establezcan privilegios respecto á la sucesión en favor de persona alguna; pero aceptado el sistema de legítimas, forzoso era reconocer determinados derechos en una personalidad que, como la del cónyuge, llenaba dentro de la familia tan importantes fines y significaba tanto para la persona de cuya sucesión se trataba.

Así lo exigía la razón y la justicia. La mujer, el marido y los hijos constituyen la verdadera familia. Los lazos de cariño y consideración que unen á los cónyuges, las dichas y penalidades compartidas por ambos, no consienten que el que lo era todo en su hogar, quede postergado y tal vez en el desamparo cuando falta el compañero de su vida. Tan sagrado como el derecho de los hijos, es el derecho de los cónyuges, una vez aceptado el sistema de legítimas ó á falta de todo acto de última voluntad, y lo que á unos se les concede, no puede negársele al otro.

Comprendiéndolo así, fué unánime en el seno de la Comisión codificadora el pensamiento de reformar nuestras leyes antiguas, y de conceder una legítima al cónyuge viudo.

En el desarrollo de la idea hubo de librarse gran batalla, por el deseo natural, sobre todo en los representantes de Aragón y Navarra, de que imperase como general la legislación especial de sus respectivas regiones, y por la aspiración, también natural en todos, de llegar á la unidad legislativa.

Al fin, como dice el Sr. Alonso Martínez, desechada la idea de llevar al Código ó legislación común la viudedad foral tal como se halla constituída en Navarra y Aragón, redactó el señor García Goyena, y se sometieron á discusión, las siguientes bases:

Primera. El derecho de viudedad consiste en la cuota que la ley concede al viudo ó viuda en la sucesión del cónyuge premuerto.

Segunda. Para que tenga lugar el derecho de viudedad, es preciso:

1.° Que el viudo ó viuda no se halle divorciado por su culpa al morir su consorte.

2.° Que no hubiese entablado pleito de divorcio por su culpa en la misma época.

3.° Que el viudo ó viuda no sea rico y los herederos pobres.

Tercera. El derecho de viudedad no puede reclamarse en la sucesión testada si el cónyuge premuerto hubiese privado de él en su testamento al supérstite.

Cuarta. El viudo ó viuda tiene derecho:

1.º Si hubiere descendientes, á una cuota en usufructo, igual á la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos.

2.º Si hubiere sólo ascendientes, á la tercera parte de la herencia en usufructo; y

3.º Si sólo hubiere colaterales, á la mitad de la herencia también en usufructo.

Quinta. El viudo ó viuda usufructuario tiene todas las obligaciones que impone el Código á los usufructuarios.

Sexta. Concluye el derecho de viudedad:

1.º Por todos los modos como acaba el usufructo.

2.º Por pasar el viudo ó viuda á ulteriores nupcias.

3.º Por vivir lujuriosamente.

De estas bases no fué aprobada la tercera, que quitaba al derecho concedido el carácter de legítima; ni el párrafo 3.º de la base segunda, por creer que daría lugar á investigaciones odiosas y á dudas y cuestiones acerca de la fortuna real de los individuos de cada familia.

Las bases primera, segunda con la expresada supresión, y la cuarta, fueron al fin aprobadas, haciendo constar el Sr. García Goyena que sólo se trataba de asegurar al viudo ó viuda una posición cómoda y digna dentro del hogar doméstico, resucitando una disposición que ya se contenía en el Fuero Juzgo y que aparecía aceptada en el código de Italia.

Se acordó desde luego conceder al cónyuge viudo una cuota *en usufructo*, y ésta en todo caso, como afirma también el señor Alonso Martínez, hubiese ó no testamento, independientemente de la voluntad del testador, por ministerio de la ley.

Siete votos contra cinco decidieron que esa cuota, en caso de concurrir hijos, se sacara del tercio de mejora, principalmente con el fin de no mermar la parte de libre disposición, y acercarse algo más á las legislaciones forales.

Pero en seguida surgió la cuestión con relación al viudo de un segundo matrimonio. «Un viudo rico y ya entrado en años, dice el citado autor, se casa con una joven linda, pero sin fortu-

na: los hijastros son de más edad que su postiza madre, la cual, siguiendo el orden regular de la naturaleza, sobrevive mucho tiempo á su marido, ya sexagenario al tiempo de casarse por segunda vez. ¿Qué resulta de aquí? Que en realidad hay dos usufructos: el del padre mientras estuvo viudo, y, después de su fallecimiento, el de su segunda mujer, de modo que los hijos del primer matrimonio, más jóvenes que su madrastra, ó mueren antes que ésta, sin haber gozado un solo día las rentas de los bienes que han heredado de su padre, ó si por ventura la sobreviven, no consolidan el usufructo con la nuda propiedad, sino cuando se sienten ya viejos y cerca de la decrepitud.

»Y á esto hay que añadir que como la segunda mujer es no más que madrastra, se priva á los hijos del matrimonio precedente de sus bienes en cuanto al usufructo, no para que los goce su madre—que son muchos los hijos que harían este sacrificio con inefable placer—, sino para que disipe las rentas una persona extraña, lo cual exige una abnegación poco común, ó mejor dicho, una abnegación que no tiene nadie.»

Pensóse por esto hasta en negar la legítima al viudo de un segundo matrimonio; pero no pareciendo justa esta solución, discutióse si, una vez concedida, debía sacarse la cuota de los gananciales del segundo matrimonio, caso de haberlos; del tercio de mejora, ó del llamado tercio libre, y á pesar de los inconvenientes de esta última idea, fué la que al cabo llegó á prevalecer, para que los hijos del primer matrimonio no tuviesen que sufrir dos veces sobre su porción forzosa el usufructo del cónyuge, ni soportasen ese gravamen en favor de su padrasto ó madrasta.

Tal es la historia de los preceptos que vamos á examinar.

Reflexionando sobre ellos, observamos que son susceptibles de mejora, tal vez por haberse generalizado cada solución á pesar de las distintas circunstancias que en casos especiales concurren. En nuestra opinión: 1.º La legítima del viudo sólo debía otorgarse cuando en realidad fuese necesaria para asegurar al cónyuge una posición digna y cómoda, como decía el se-

ñor García Goyena, en el hogar doméstico. No pedimos precisamente la pobreza, pedimos sólo la igualdad. Fácilmente puede conocerse el caudal del cónyuge; si es igual ó mayor que el del difunto, si no ha de descender de posición, la legítima es completamnete superflua. 2.º La cuota sólo debía asignarse en usufructo en concurrencia con hijos, pues en concurrencia con otras personas pesan más los inconvenientes económicos de esa desmembración del dominio, que el deseo de conservar los bienes en la familia de que proceden, única razón que en tal caso puede aducirse para no asignar al cónyuge su cuota en propiedad. 3.º En caso de tratarse de un viudo de segundo matrimonio, su legítima debiera gravar, en concurrencia con hijos de las primeras nupcias, los gananciales, y en su defecto, el tercio de mejora, todo antes que el tercio libre; porque afectar este tercio equivale á privar de la facultad de disponer por causa de muerte en absoluto, á alejarse más y más de la unidad legislativa, y á hacer en ciertos casos imposible el pago íntegro de todas las legítimas, sin evitar con ello más que de un modo indirecto y secundario los inconvenientes que se temen, porque el perjuicio siempre queda si el cónyuge, como puede hacerlo y de ordinario lo hace en tales casos, deja al viudo el tercio libre; porque si lo deja, como también es frecuente, á sus hijos, sufrirán del mismo modo el gravamen, y porque pudiendo el padre mejorar solamente á los hijos del segundo matrimonio, sobre éstos recaerá todo el favor de la ley, mientras que los hijos del primero se librarán del gravamen de usufructo que tan absurdo parece, pero será á costa de la pérdida ó privación de ese usufructo y de la nuda propiedad.

Entremos en el examen del articulado.

ARTÍCULO 834

El viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho á una cuota, en usufructo,

igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados.

Si no quedare más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, conservando aquél la nudad propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio.

Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará al resultado del pleito.

Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón ó reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

ARTÍCULO 835

La porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos.

ARTÍCULO 836

No dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la tercera parte de la herencia en usufructo.

Este tercio se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo.

ARTÍCULO 837

Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la mitad de la herencia, también en usufructo.

ARTÍCULO 838

Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes ó un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo.

ARTÍCULO 839

En el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.

I.—SUJETO DEL DERECHO CONCEDIDO EN ESTOS ARTÍCULOS.

Es, según el art. 834, que establece la regla general en esta materia, el viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, ó lo estuviere por culpa del cónyuge premuerto.

El momento determinante para la concesión de la legítima es el de la muerte del causante. Si en ese momento no existe un cónyuge que pueda legalmente ostentar tal carácter, ó, aun existiendo, se haya divorciado por su culpa, no puede nacer el derecho creado en los arts. 834 y siguientes.

A) *Existencia del cónyuge.*—Para que exista cónyuge que pueda legalmente ostentar ese carácter, ha de mediar un matrimonio válido que produzca efectos civiles, y ha de subsistir ese matrimonio en toda su fuerza y validez en la época del fallecimiento del causante.

Por esta razón creemos que el art. 834 no es aplicable en caso de nulidad del matrimonio, ó en caso de falta de inscripción en el Registro civil.

1.º *Nulidad del matrimonio.*—Declarada la nulidad, no existe legalmente matrimonio. La ley, fundándose en la equidad, presume que la unión ha producido determinados efectos respecto á los contrayentes de buena fe; pero declarado nulo el matrimonio, éste deja de existir; los que estuvieren unidos quedan en libertad de contraer otra unión. Los efectos del matrimonio que se respetan son los anteriores á la declaración de nu-

lidad, nunca los posteriores, porque después la buena fe ya no puede existir, y, una vez anulada la unión, no cabe hablar de disolución por muerte. Esto no quiere decir que los efectos civiles reconocidos, los derechos nacidos antes de la nulidad, no sigan subsistiendo después, sino que entre ellos no puede contarse el derecho á la sucesión, que solamente nace por la muerte de una persona.

Las palabras del art. 834 rechazan todo derecho á legítima respecto á los contrayentes de un matrimonio nulo, pues al morir uno de ellos, el que sobrevive ya no era consorte del que con él se unió. Además, si la ley excluye al cónyuge separado por sentencia de divorcio cuando la culpa fué del sobreviviente, es propio de su espíritu el que también se excluya á los que quedaron separados por ejecutoria de nulidad. ya que, al fin, el divorcio indica un matrimonio legítimo, y no disuelto, y la nulidad envuelve una unión ilegal y extinguida, y si hay casos en que aun el consorte legítimo no percibe su cuota legitimaria, no debe haber ninguno en que se conceda tal derecho al que en la época del nacimiento del mismo no tiene la consideración de cónyuge.

Como, por otra parte, y con relación á la legítima, no se trata de derecho alguno *estipulado* para el supuesto de la muerte de uno de los contrayentes, no pueden estimarse aplicables los artículos 1429 y 1440, no oponiéndose éstos, ni el 69 ni el 72, á la solución que defendemos.

Cuando la nulidad no ha sido aun declarada al fallecimiento de uno de los contrayentes, el matrimonio puede estimarse subsistente al nacer el derecho á la legítima, y si no, en rigor de derecho, al menos por equidad y por no poder presentarse dos personas con derecho á porción forzosa, puede admitirse distinta solución respecto al contrayente de buena fe.

2.° *Falta de inscripción en el Registro civil.* — El matrimonio secreto, de conciencia, celebrado ante la iglesia, no produce efectos civiles sino mediante su inscripción en el Registro civil, ó en un registro especial y secreto que se lleva en la Dirección

general (art. 79). Otro tanto puede decirse del matrimonio canónico celebrado sin asistencia del Juez municipal ó un delegado en su representación, cuando tuviesen los contrayentes la culpa de esta falta, y del matrimonio *in articulo mortis*, contraído por militares en campaña, fuera del territorio español, ó los contraídos en alta mar, ó en cualquiera otra circunstancia excepcional, si no se inscribe en el Registro el acta correspondiente. En todos estos casos, el matrimonio no produce efectos civiles hasta tanto que se verifique su inscripción en el Registro civil. (Arts. 77 y 78 del Código, é instrucción de 26 de Abril de 1889.) Si al morir uno de los cónyuges no se hubiere verificado dicha inscripción ni se subsanase esta omisión, y la culpa fuese de los contrayentes, el supérstite no tiene derecho á la cuota que señala el art. 834, porque el matrimonio no puede producir efecto alguno civil, ni la ley concede un derecho al que quebranta sus preceptos.

Media otra consideración que es precisamente el fundamento de lo expuesto con anterioridad, y es que la prueba del matrimonio la suministran las actas del Registro, por lo que hasta tanto que se inscriba el acto en ese Registro, ante la ley civil ese matrimonio no existe; doctrina que, según la sentencia de 16 de Febrero de 1892, ha de entenderse aplicable con relación sólo á los contrayentes y á los derechos que á ellos mismos otorga la ley, sin que pueda alegar tal infracción para perjudicar á tercero.

Cuestión es esta más teórica que práctica en la sucesión testamentaria, pues sólo podrá suscitarse por oposición de los herederos al derecho del cónyuge.

B) Que los cónyuges no se hallen divorciados ó lo estén sin culpa del sobreviviente.—Nos parece suficientemente clara la ley en este particular. La sentencia que declare el divorcio, determinará sin sombra de duda cuál es el cónyuge culpable y cuál el cónyuge inocente. Basta el divorcio, cualquiera que fuese la causa que lo motivó.

La ley impone un castigo justo al único que lo merece, al

que dió lugar á la separación judicial de los esposos, al que quebrantó los lazos del matrimonio y se hizo indigno de toda merced por parte de su consorte ó por parte de la ley. Sería inicuo que, tras la ofensa inferida, la ley arrancase una parte del patrimonio del inocente para dársela al culpable.

El cónyuge que dió motivo al divorcio, pierde, por tanto, todo derecho en la sucesión testada del cónyuge difunto, á menos de que hubiesen mediado perdón ó reconciliación antes ó después de dictarse la sentencia en vida del premuerto. En este caso, la ley, teniendo en cuenta la presunta voluntad del causante, y el art. 74, que establece que la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia en él recaída, dispone en el último párrafo del art. 834, que el cónyuge sobreviviente conservará su derecho á su cuota legitimaria.

El perdón otorgado por los herederos después de la muerte del causante no produce efectos jurídicos civiles. En primer lugar, quien debe perdonar es el ofendido, y además, la legítima nace ó no nace al morir el testador; época en la que ese perdón no existía.

La *demanda* de divorcio produce también como efecto la separación de los cónyuges; pero como aún no se sabe cual será su resultado, ni puede, por lo tanto, imponerse como pena la pérdida de un derecho civil al que aún no ha sido condenado por sentencia firme, dispone el párrafo 3.° del art. 834 que se espere el resultado del pleito. No es reconocer ni negar al viudo ó viuda el derecho á la herencia de su difunto consorte, es simplemente declararlo en suspenso; por lo que, si la sentencia declara haber lugar al divorcio por culpa del cónyuge sobreviviente, no percibirá la cuota usufructuaria, y si no se accede al divorcio, el viudo conserva su derecho. Existirá, pues, una condición suspensiva, cuyos efectos dependerán del resultado del pleito, y habrán de retrotraerse á la fecha del fallecimiento del causante de la herencia.

Racionalmente, esta disposición del art. 834 sólo hace rela-

ción al caso de sobrevivir el cónyuge presunto culpable. Sobreviviendo el inocente, tiene desde luego derecho á legítima, sin que haya necesidad de esperar el resultado del pleito.

La condición suspensiva legal de que depende el derecho del cónyuge presunto culpable no impide la práctica de las operaciones particionales de la herencia del causante, debiendo quedar provisionalmente en administración los bienes cuyo usufructo le corresponda, como en términos generales preceptúan para casos análogos los arts. 801 al 804.

La *separación amistosa* de los contrayentes no puede legalmente producir los mismos efectos que el divorcio. Pudo ser motivada por las mismas causas y evitando el escándalo de una cuestión judicial; pero pudo también obedecer á otros motivos. Será en muchos casos un espectáculo triste y repugnante ver que un cónyuge que no tuvo de tal más que el nombre, que no compartió su existencia con el premuerto, que tal vez fué causa de todas sus desgracias, y que en vida le despreció, se presente reclamando el disfrute de una parte de su fortuna, y haya de concedérsele contra toda razón y justicia. Pero reflexiónese que la ley, ni podía dictar un fallo á ciegas, ni envolver en una misma regla al cónyuge culpable y al cónyuge inocente, ni exigir un juicio en que se probase la culpabilidad. La ley ha hecho cuanto podía en esta cuestión, facultando á cada uno de los cónyuges, en el núm. 1.º del art. 855, para desheredar al otro, por cualquiera de las causas que dan lugar al divorcio, aunque éste no se halle entablado siquiera, y por tanto, poniendo en manos del esposo ofendido un arma para privar á su consorte de la legítima.

¿Basta que exista cónyuge no divorciado, ó divorciado sin culpa alguna por su parte, para ostentar el derecho á la legítima, concedido en el art. 834?

Así lo establece la ley, y así debe entenderse en general, siempre, es claro, que se trate de la sucesión de una persona á la que sea aplicable el derecho común de Castilla.

La *falta de capacidad de obrar* no ejerce influencia alguna,

puesto que sólo afecta al ejercicio del derecho y no al derecho en sí mismo.

La *desheredación* representa una facultad que precisamente confirma la expresada regla, pues no podría ser privado el cónyuge sobreviviente de su legítima si no le correspondiese de derecho.

La *posición social* ó el estado de *fortuna ó de pobreza* del viudo no se ha tenido en cuenta por el legislador. Huyendo de investigaciones odiosas y de cuestiones entre las familias, la ley ha preferido conceder en todo caso legítima al viudo. Poco importa que sus aportaciones matrimoniales sean excesivas y que existan muchos gananciales.

La *preterición* del viudo sabemos que no anula la institución de herederos, si bien el preterido conserva los derechos que le conceden los artículos 834 al 837 que examinamos.

En cambio, ha de estimarse aplicable el art. 845, y con él el 817, á la legítima del viudo como á todas las demás, y por tanto, el cónyuge á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de su legítima, sólo podrá pretender el complemento de la misma, y no podrá reclamar la reducción de las disposiciones testamentarias más que en cuanto mengüen la porción forzosa que le corresponde. Todo lo cual no contradice el derecho del testador para disponer de la porción libre en favor del cónyuge, indicando únicamente que contra la voluntad de ese testador sólo puede pretenderse la legítima.

El régimen de la sociedad conyugal, aceptado por los contrayentes respecto á los bienes, aun cuando sea el de la *separación*, tampoco influye en la concesión del derecho al viudo. Hay, sin embargo, un caso, en el cual la ley impone esa separación de bienes á los contrayentes que se unen contra la prohibición contenida en el art. 45 del Código. En tal caso, ninguno de los cónyuges puede recibir del otro cosa alguna *por donación ni testamento*, con arreglo al art. 50. ¿Tendrá, no obstante, el viudo derecho á legítima?

La cuestión es dudosa. El art. 834 no distingue: hay un ma-

trimonio válido y un cónyuge no divorciado, y otorga desde luego porción forzosa. El art. 50, por otra parte, no priva expresamente del derecho á la legítima; prohibe simplemente todo acto gratuito de disposición *voluntaria* entre los cónyuges. Y la interpretación de este precepto debe ser restrictiva.

Estas razones son de gran fuerza; mas no dejan de tenerla las que se alegan en contrario. La ley se juzga ofendida contra los que quebrantan sus prohibiciones; no niega al matrimonio validez aceptando el hecho consumado; pero impone un castigo á los contrayentes, queriendo evidentemente impedir que en caso alguno pueda lucrarse uno de ellos con los bienes del otro. Niega toda disposición gratuita voluntaria; ¿es lógico que la imponga como forzosa? ¿Cómo suponer que la misma ley que prohibe á un cónyuge disponer de parte de sus bienes en favor del otro, va á separar una parte del patrimonio del primero para entregarla al segundo?

Por estas y otras razones creemos que, al redactar el art. 50, no se tuvo presente lo que se ordenó después en el núm. 3.º del 807; pero es tan terminante y concreta la disposición del número 2.º de aquel artículo, que no nos atrevemos á aconsejar que se haga extensiva á la legítima del viudo, en el caso de que se trata, á pesar de que lo consideremos conforme con el espíritu del Código. Una declaración auténtica ó la jurisprudencia habrán de fijar su recto sentido.

Según la Resolución de la Dirección general de los Registros de 30 de Abril de 1906, el cónyuge viudo, aunque estuviese separado por demanda de divorcio y desheredado, tiene derecho á su cuota legitimaria y á intervenir en la partición, si no había aun recaído resolución en el pleito al tiempo del fallecimiento, y no se consignó la causa de la desheredación en el testamento.

Véase lo expuesto en el comentario con relación á los efectos de la demanda de divorcio sobre la base de que, á pesar del fallecimiento de uno de los cónyuges, se inste por sus herederos la resolución judicial del asunto.

II. — Objeto del derecho concedido en los arts. 834 á 839.

La ley asigna al cónyuge viudo *una cuota* de la herencia, variable según las personas con quienes concurra á la sucesión, y quiere que sobre los bienes que constituyan esa cuota sólo corresponde al cónyuge el derecho de *usufructo*. Como cosas distintas, la cuota y el derecho concedido sobre ella al viudo, examinaremos una y otra con separación.

1.° — *Cuota del cónyuge viudo; su cuantía; de dónde se saca.*

Cuota equivale á parte ó porción de un todo. El todo es la herencia; la cuota es una porción determinada de la misma. La herencia representa una cantidad; la cuota representa una fracción de esa cantidad, una parte de la misma fijada en relación con el total.

Al hablar de la cuota hay que prescindir de la naturaleza del derecho que sobre ella recaiga. Trátese de dominio, de usufructo ó de nuda propiedad, la cuota en sí misma no sufre alteración. Si es la mitad de la herencia la cuota que concede la ley á un heredero forzoso, y esa mitad representa 1.000 unidades, ni puede bajar ni puede subir nunca de 1.000, aunque accidentalmente se agregue que la cuota se asigna sólo en nuda propiedad ó sólo en usufructo.

Esto sentado, para fijar la cuota del viudo, distinguiremos con el Código tres casos: según que á la muerte del causante no queden descendientes ni ascendientes legítimos, ó queden sólo ascendientes, ó concurra el cónyuge con descendientes, empezando por el caso más sencillo, que es el primero, aunque invirtiendo el orden que en el Código se establece.

Primer caso. — Cuota del cónyuge viudo cuando no quedan descendientes ni ascendientes legítimos.

1.° *Importe de la cuota.*—El art. 837 preceptúa que en este caso el cónyuge viudo tendrá derecho á la *mitad* de la herencia en usufructo.

La aplicación de esta regla es sumamente sencilla. No concurriendo ascendientes ni descendientes *legítimos*, sólo pueden exigir porción forzosa, además del cónyuge, los hijos naturales legalmente reconocidos ó legitimados por concesión Real, ó los padres naturales, y como éstos sólo tienen derecho á una tercera parte de la herencia, siempre ha de haber sobrante para el pago de todos los legitimarios.

Téngase presente que los hijos legitimados por concesión Real antes de la vigencia del Código tenían los mismos derechos que los hijos legítimos en la sucesión de sus padres, á falta de descendientes legítimos, y, por tanto, que si el viudo concurriese á la herencia con uno de esos hijos legitimados, no habiéndolos legítimos, su cuota no sería la que marca el art. 837, sino la que el art. 834 establece, como acertadamente declara la sentencia de 8 de Noviembre de 1893, que examinaremos en el comentario del art. 844.

2.° *De dónde ha de sacarse la cuota.*—No puede existir duda, pues de ordinario toda la herencia será de libre disposición. Si existieran hijos ó padres naturales, éstos recibirán su legítima del tercio, y la del viudo gravará los dos tercios restantes proporcionalmente al haber de cada partícipe, pues siempre quedará de disposición libre el dominio de una sexta parte de la herencia y la nuda propiedad de la mitad, cuyo usufructo corresponde al cónyuge.

SEGUNDO CASO.—Cuota del cónyuge viudo cuando concurre á la sucesión con ascendientes legítimos.

1.° *Importe de la cuota.*—El art. 836 concede al cónyuge viudo, en este caso, como legítima en usufructo, la tercera parte de la herencia.

2.° *De dónde se saca la cuota.*—El mismo art. 836 determina que esa tercera parte se saque de la mitad libre.

En los casos normales esta regla es suficiente. A los ascendientes legítimos corresponde en dominio la mitad de la herencia ó tres sextos; queda otra mitad libre, y sobre ella grava,

proporcionalmente al haber de cada partícipe, el usufructo del viudo, quedando aún un sexto en dominio, y dos sextos ó un tercio en nuda propiedad de libre disposición.

No obstante, si quedan hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, la situación se complica, porque á éstos corresponde en tal caso como legítima en pleno dominio, según el art. 841, la cuarta parte de la herencia, con lo cual sólo queda libre para el viudo un cuarto en vez de un tercio. El legislador no desconoce el conflicto, y en el mismo art. 841 lo resuelve. «Esto se entiende, dice, sin perjuicio de la legítima del viudo con arreglo al art. 836, de modo que, concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos se adjudicará á éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviese el viudo, lo que les falte para completar su legítima.»

Al comentar dicho artículo 841 explanaremos estas indicaciones.

TERCER CASO.—Cuota del cónyuge viudo en concurrencia con descendientes legítimos.

1.° *Importe ó determinación de la cuota.*—Llegamos al punto más importante en el comentario de estos artículos. En concurrencia con hijos ó descendientes legítimos, determina la cuota del cónyuge viudo el art. 834 en sus párrafos primero y segundo. Sean los hijos procedentes de un solo matrimonio ó de varios, queden sólo descendientes de las primeras nupcias, sólo de las segundas ó de ambas, la cuota es siempre la misma, y la fija el art. 834, que contiene la regla general en esta materia, y la única establecida y aplicable al caso.

Los comentaristas, al interpretar ese artículo, se han dividido, sosteniendo soluciones diversas según el punto de partida por el que han comenzado sus investigaciones y según la idea que creen predominar en el texto. La jurisprudencia no ha emitido aún su voto, ni representaría otra cosa que la aceptación más ó menos autorizada de alguna de esas soluciones.

Detengámonos un momento para recordar la historia del

precepto y reunir antecedentes para su debida interpretación. Hay que tener en cuenta tres elementos para combinarlos, si fuere posible: 1.º Las discusiones en el seno de la Comisión codificadora. 2.º Las bases redactadas como moldes en los que debieron ser vaciados los preceptos del Código. 3.º Estos mismos preceptos, no limitados al art. 834, sino relacionando todos los aplicables.

En el seno de la Comisión, el vocal Sr. García Goyena redactó, entre otras, la siguiente base: «Cuarta. El viudo ó viuda tiene derecho: 1.º Si hubiere *descendientes*, á una cuota en usufructo igual á la que por legítima corresponda á cada uno de *los hijos*.» Esta base quedó aprobada, haciendo constar su autor que se trataba solamente de suscitar un precepto que ya existía en el Fuero Juzgo, y que había sido aceptado en la misma forma por el Código de Italia.

La ley de 11 de Mayo de 1888, autorizando al Gobierno para la publicación del Código civil con arreglo á determinadas bases, contenía, entre otras, la 17, que enteramente conforme con la aprobada por la Comisión, decía así: «Se establecerá á favor del viudo ó viuda el usufructo que alguna de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo á una cuota igual, á lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de *los hijos*, si los hubiere.»

Esta base guarda íntima relacición con la que la precedía, según la cual el haber hereditario, habiendo descendientes, debía distribuirse en tres partes iguales: una, que constituía la *legítima* de los hijos; otra, que podría asignar el padre á su arbitrio como *mejora* entre los mismos, y otra, de que podría disponer libremente.

Publícase el Código civil y desarrollando las expresadas bases, aparecen los arts. 834 y 808. Según el último, la legítima son dos terceras partes del haber hereditario, pero facultando al padre y á la madre para que puedan aplicar uno de esos dos tercios á mejora de sus hijos y descendientes legítimos. Con arreglo al primero, el cónyuge viudo tendrá derecho á una cuota

igual á la que por legítima corresponda en la sucesión de su difunto consorte á cada uno de *sus* hijos *ó descendientes* legítimos *no mejorados*.

El art. 834, comparado con la base 17, ofrece tres variaciones. Es una de ellas la de sustituir las frase *los* hijos por la de *sus* hijos, la cual no tiene importancia, pues es claro que el artículo se refiere á los hijos que tienen derecho á legítima, ó sea á los hijos del cónyuge premuerto, que respecto á éste son *sus* hijos. La segunda variación consiste en adicionar la palabra *descendientes* á la de hijos, lo cual sólo quiere indicar que la cuota del viudo es la misma, ya concurra á la sucesión sólo con hijos, sólo con nietos, ó con hijos y nietos ú otros descendientes. Por último, la tercera variación está en la frase *no mejorados*. Puesto que la mejora es también legítima, según el art. 808, ¿qué legítima es la que debe tenerse en cuenta para el cómputo de la cuota del viudo? Queriendo aclarar y perfeccionar la base, se establecio, que la correspondiente á cada uno de los hijos legítimos no mejorados, dando á entender que debía prescindirse de la mejora, rebajándola de los dos tercios que constituyen la legítima de los hijos, para determinar la cuota del viudo.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, lo comentaristas han tomado en la interpretación del art. 834 tres distintos puntos de partida, que, naturalmente, les ha llevado por caminos diversos á tres soluciones bien diferentes. Estos tres distintos puntos de partida son: 1.º El Fuero Juzgo y el Código de Italia, cuyos preceptos se aceptaban por el autor de las bases que aprobó la Comisión. 2.º Las bases 16 y 17 del Código. 3.º Los arts. 808, 813, 825 y 828 de este cuerpo legal.

La divergencia de opiniones se manifiesta en dos cuestiones esenciales: *a*) Lo que debe entenderse por *legítima* de los hijos no mejorados. *b*) El método que debe adoptarse para calcular ó fijar la legítima del cónyuge.

De aquí tres soluciones diversas acerca de la interpretación del art. 834.

Primera. La legítima del viudo se fija por comparación con

la legítima que de derecho corresponde en todo caso á cada uno de los hijos no mejorados. La legítima de estos hijos en toda aquella parte de los dos tercios del caudal de que el testador no haya dispuesto para mejoras de un modo *expreso*. Dividida esta legítima solamente entre los hijos, una parte igual á la que á cada uno corresponda ha de asignarse al cónyuge gravando el tercio de mejora ó el tercio libre, según los casos.

Segunda. La legítima de los hijos legítimos no mejorados es toda aquella parte de los dos tercios del caudal de que el testador no haya dispuesto *expresamente* para mejorar. Dentro de esta legítima, la cuota del viudo ha de ser *igual* á la de cada uno de los hijos no mejorados. Para obtener este resultado, y mientras no se perjudique la porción forzosa estricta, ha de dividirse aquella legítima entre los hijos y el viudo, considerando á éste como un hijo más.

Tercera. La legítima de los hijos *no mejorados* es la tercera parte del caudal, ó sea la que marca el art. 808, pero excluyendo el tercio de mejora. Dividida esa legítima entre los hijos ó descendientes, la cuota del viudo se fija por comparación con la que resulte corresponder á cada hijos.

Examinaremos estas tres opiniones, pero explicando ante las palabras *hijos ó descendientes* legítimos, empleadas en el art. 834, anuque en este punto están conformes todos los comentaritas.

Inteligencia de la frase «hijos ó descendientes».—Quiere el artículo 834 que la cuota del viudo sea igua á la que por legítima corresponde á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos no mejorados.

La palabra *descendientes* no ha de haber sido empleada por el legislador como sinónima de la de *hijos*, porque sería supérflua. Debe suponerse que en esa palabra se alude á los nietos, biznietos, etc.

Cualquiera que sea el importe de la legítima de los hijos no mejorados, y cualquiera que sea el procedimiento que deba emplearse para determinar la cuota igual del viudo, salta á la vista que la porción correspondiente á cada hijo no es la misma que

la que corresponde á los descendientes de grados posteriores.

Luego la ley parece decir que si quedan hijos, la cuota del viudo ha de ser igual á la de cada uno de los hijos; si quedan nietos, á la de cada uno de los nietos, y si quedan otros descendientes. á la de cada uno de estos descendientes.

Esta interpretación, sin embargo, sería absurda. La cuota de un hijo es igual á la de otro hijo (fuera de la mejora); pero la cuota de un nieto no es ordinariamente igual á la de otros nietos, pues como heredan por estirpes, cada grupo de nietos representa á su padre respectivo, y entre todos los del grupo se dividen la porción que hubiera correspondido á su padre si hubiera vivido ó podido heredar. De aquí que para que la cuota de todos los nietos fuese igual, sería preciso que el número de los descendientes de cada uno de los hijos fuese idéntico, lo cual no es natural. Y no siendo igual la cuota de cada nieto, ¿con cuál de esas cuotas habría de igualarse la del viudo?

Ya el Sr. García Goyena, en sus bases, y el Sr. Alonso Martínez, expresan claramente que, en concurrencia *con descendientes*, la cuota del viudo sería igual á la correspondiente á cada uno de *los hijos*.

Y la base 17 confirma lo mismo al decir que la cuota del viudo será igual á la legítima de *cada uno de los hijos*, si los hubiere.

La cuota base ha de ser siempre, por tanto, la de cada hijo cuando los hay, concurran con el viudo solos ó con otros descendientes de grados posteriores. Pero ¿y si no quedan hijos? La regla tiene forzosamente que ser la misma, porque de haber alguna, no puede ser otra, ya que la igualdad entre los descendientes se establece por grupos, representando cada grupo un hijo.

No hay más remedio, en efecto, que estimar, si ha de haber regla, que la cuota del viudo debe ser siempre, en concurrencia con descendientes, igual á la de *cada uno de los hijos*, ó á la de cada descendencia ó cada grupo de descendientes que representan á un hijo. Así se propuso y así se aprobó por la Comisión;

así lo indica, aunque de un modo algo incompleto, la base, y así tiene que ser, por no admitir el artículo otra interpretación y representar cada grupo de descendientes á su padre respectivo.

Pasemos al examen de cada una de las opiniones enunciadas antes, creyéndonos en el deber de consignar también la nuestra. Lo haremos con la conveniente extensión de las principales razones en que se fundan, para que nuestros lectores puedan apreciarlas y seguir la que crean más conforme á la ley.

PRIMERA OPINIÓN.—La legítima se divide solamente entre los hijos, dando al viudo una cuota igual.

Para la interpretación de los preceptos del Código en los artículos 834 y siguientes, dicen los que sostienen esta opinión, lo primero y esencial es fijarse en el texto de estos artículos y en los que con ellos se relacionan, principalmente los 808, 813, 825 y 828. Las discusiones en el seno de la Comisión codificadora y la ley de bases son elementos muy dignos de tenerse en cuenta para desvanecer ciertas dudas; mas cuando el texto de la ley es claro, no existe razón alguna que autorice para buscar contradicciones entre lo que es ley y lo que debió ser ó se pensó que fuese, ni menos para pretender hacer decir al Código lo que evidentemente no dice.

Según el art. 834, el viudo ó viuda tienen derecho á una cuota en usufructo igual á la que corresponda como legíma á cada uno de los hijos legítimos no mejorados.

El procedimiento que hay que adoptar, siguiendo atenta y realmente el precepto legal, es el siguiente: 1.º Determinar la legítima que corresponde á cada uno de los hijos legítimos no mejorados. 2.º Dar al viudo una cuota igual á esa legítima.

¿Qué es lo que por legítima corresponde á cada uno de los hijos no mejorados? Hay que fijar la inteligencia de las palabras *corresponde* y *no mejorados*.

Lo que *corresponde* á cada hijo por legítima es la cuota á que tiene derecho con arreglo á la ley, exista ó no cónyuge, pues la

concurrencia de éste no puede alterar la legítima de los descendientes.

Los hijos *no mejorados* son aquellos en cuyo favor no ha dispuesto *expresamente* el testador de parte alguna del tercio de mejora, pues el Código, como prueban los arts. 825 y 828, no admite mejoras tácitas.

La ley excluye, por tanto, el importe de las mejoras expresas, absorban ó no el tercio destinado á este fin. La legítima, por tanto, que ha de tenerse en cuenta, es la de los dos tercios, si no existen tales mejoras; la del tercio de legítima estricta, si el otro tercio fué destinado íntegro para mejorar, ó la de ese tercio, más el residuo del otro no empleado en mejoras por el testador.

Esta porción, ó sean dos tercios, un tercio ó tercio y residuo según los casos, es la que ha de dividirse con igualdad por el número de hijos, y dará lo que por legítima corresponde ó pertenece de derecho á cada uno de los hijos no mejorados.

La cuota del viudo ha de ser igual á esa cuota de cada hijo. Basta, pues, una vez conocida, gravar con ella el tercio de mejora ó el tercio libre, según los casos.

La aplicación de la ley sería imposible en caso de quedar un solo hijo ó descendiente que le representase, pues forzosamente le corresponderían dos terceras partes del caudal, y ¿cómo dar una cuota igual al viudo? Para este caso, única excepción de la regla, determina el párrafo segundo del art. 834, que «si no quedare más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, conservando aquél la nuda propiedad hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio».

Como la letra de la ley es clara, no hay que recurrir á buscar su espíritu ó pensamiento en otros preceptos, ni en las bases, ni elementos distintos.

Si con este sistema la cuota del viudo oscila, y puede ser aumentada ó disminuída á voluntad del testador sin más que mejorar ó no mejorar, téngase presente que así lo quiere la ley con relación á la legítima de los descendientes, y que es forzoso que

así ocurra con la del viudo y con la de los hijos naturales, toda vez que éstas se fijan en relación con la de los hijos, y han de sufrir idénticas oscilaciones ó tener la misma variabilidad.

Si al quedar hijos legítimos de varios matrimonios hijos naturales y cónyuge, es imposible realizar el pago de todas las legítimas, esto podrá ser un defecto de la ley, un conflicto no previsto, pero no autoriza para pretender que el art. 834 se interprete de distinto modo ó diga cosa distinta de lo que claramente dice:

Ejemplos.—Caudal: 36.000 pesetas. Tres hijos ó descendientes que los representen.

CASO PRIMERO. *Sin mejora.*—Importa la legítima de los hijos las dos terceras partes del caudal, ó sean 24.000 pesetas. Corresponden á cada uno de dichos hijos, 8.000. Cuota del viudo igual á esa cuota de cada hijo, 8.000 en usufructo, gravando proporcional y temporalmente el tercio de mejora ó el tercio libre, según los casos.

CASO SEGUNDO. *Con mejora expresa del tercio.*—Importa la legítima de los hijos la tercera parte, ó sean 12.000 pesetas. Corresponden á cada hijo 4.000. Cuota igual del viudo, 4.000, sobre la mejora ó sobre el tercio libre.

CASO TERCERO. *Con mejora de 9.000 pesetas.* - Importa la legítima de los hijos un tercio y el residuo del otro, ó sean 15.000 pesetas. Corresponden á cada hijo, 5.000. Cuota igual del viudo, 5.000, proporcionalmente sobre el tercio libre ó el de mejora.

SEGUNDA OPINIÓN.—La legitima se divide entre los hijos y el viudo, siempre que no se perjudique la porción forzosa de aquéllos.

Razones en que se fundan los que sostienen esta opinión:

Disponía el Fuero Juzgo, ley 15, tít. 3.°, libro 4.°, que la madre, después de la muerte de su marido, debía partir en todos los frutos de la buena de su marido con sus hijos, mientras viviere.

Disponen los arts. 753 y 812 del Código de Italia, que el cón-

yuge viudo, en concurrencia con hijos ó descendientes legítimos, tiene derecho al usufructo de una porción igual á la que corresponda á cada hijo á título de legítima, comprendiendo también al esposo en el número de hijos.

Que ésta fué la idea del Sr. García Goyena al redactar la base, y que en tal sentido fué aprobada por la Comisión codificadora, lo prueban las frases pronunciadas por aquél en defensa de su proyecto, como ya lo expone el Sr. Alonso Martínez en su notable obra *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*.

Y así lo comprueba el texto del art. 834, al exigir que la cuota del viudo sea *igual* á la que como legítima corresponda, haya de percibir, como dice la base 17, ó se adjudique á cada uno de los hijos no mejorados.

Cuál sea la legítima de los hijos lo dice claramente el artículo 808, sin que haya que recurrir á las bases, porque, aun suponiendo que exista contradicción entre ellas y el articulado del Código, es indudable que lo que rige, lo que ha de interpretarse y aplicarse, es el Código y no sus bases, cuyo Código fué aprobado por las Cortes, y en último término, si en algo modifica aquellas bases, no hay más remedio que acatar la modificación.

La legítima de los hijos á que alude el art. 834, tiene que ser, por tanto, la que establece el art. 808, en general: las dos terceras partes de la herencia.

Mas no puede prescindirse de las mejoras expresamente concedidas por el causante. Las mejoras alteran la igualdad entre los hijos. La cuota del viudo, ¿ha de fijarse prescindiendo de las mejoras? Al contrario, ha de fijarse teniéndolas en cuenta para no estimarlas legítima. El viudo no ha de percibir tanto como el hijo mejorado, sino una cuota igual á la del hijo no mejorado, á la del hijo que menos perciba. Así terminantemente lo ordena el art. 834, y para cumplirlo hay que separar siempre la porción destinada expresamente por el padre para mejoras, y considerar como legítima el resto, que será el tercio de legítima estric-

ta, mas la parte del otro tercio no aplicada para mejoras por el testador.

Ahora bien: la igualdad que el art. 834 requiere, sólo puede obtenerse repartiendo la legítima, ó sean los dos tercios del caudal si no hay mejoras, entre los hijos y el cónyuge, ó sea considerando al viudo como á un hijo más.

En efecto: si esas dos terceras partes se dividen primero entre los hijos solamente, el total partible queda ya absorbido. Para dar al viudo una porción igual á la de cada hijo, no hay más remedio que quitar algo á cada uno de éstos.

Fácil es demostrar esto con un ejemplo. Sean los dos tercios 36.000 y tres los hijos del mismo matrimonio. Hecha la división sólo entre éstos, corresponden 12.000 á cada uno. Pero hay que entregar al viudo una parte igual del tercio de mejoras, y como los dos tercios ya están repartidos, para cumplir la ley habría que quitar 4.000 á cada hijo, resultando que éstos tomarán 8.000 nada más, y el cónyuge 12.000, contra el precepto del art. 834, que quiere la igualdad. Dividiendo los 36.000 entre los tres hijos y el viudo, corresponde á cada uno 9.000, cuota igual, conforme al pensamiento y al precepto del legislador.

Y no basta alegar que sobre la cuota que usufructúa el viudo corresponde la nuda propiedad á los hijos, porque el Código, con las palabras «lo que por legítima corresponda», da claramente á entender que el tipo de comparación que debe tomarse para fijar la legítima del viudo, es lo adjudicado á los hijos en pleno dominio.

Lo que la ley quiere es igualar al viudo con sus hijos, que el viudo disfrute lo mismo que los hijos, tanto como ellos, nunca más, y más disfrutaría, y no existiría verdadera igualdad, si se computase la correspondiente á esos hijos en nuda propiedad, pues como se ha demostrado, el viudo tendría el usufructo de un capital de 12.000, y sus hijos el de 8 000 cada uno. Esta diferencia no puede compensarse con la nuda propiedad de los 4.000 restantes, puesto que los hijos no pueden percibir sus productos mientras viva el viudo.

Ahora bien: en la aplicación del art. 834 no puede prescindirse de los preceptos de los arts. 813 y 835. Ningún legitimario puede ser privado total ni parcialmente de su legítima. La única parte de la legítima de los hijos que admite gravamen, es el tercio destinado á mejoras, haya ó no mejora expresa, sin que por otra paree pueda exceder de ese tercio la cuota del cónyuge quedando hijos ó descendientes legítimos. Si al considerar al viudo como un hijo más, sufriese, por tanto, desmembración ó gravamen el tercio de legítima estricta de los descendientes, se quebrantarían los preceptos de los arts. 813 y 835, y para evitarlo, al llegar al límite en que ese gravamen habría de efectuarse, esto es, cuando el residuo libre, digámoslo así, del tercio de mejora, sea inferior á la cuota de cada hijo en la legítima corta, hay que cambiar de procedimiento. No es esto una inconsecuencia. Fijándose bien, es fácil observar que cuando el procedimiento se altera, puede obtenerse la igualdad de cuotas entre los hijos y el viudo, sin necesidad de que éste entre como un partícipe en la división.

Para que habiendo mejora concurra el viudo con los hijos á dividir por iguales partes, es necesario que si han quedado sólo dos hijos, el testador no haya dispuesto más que de una mitad ó menos del tercio, de dos terceras partes del mismo si concurren tres hijos, de tres cuartas partes si son cuatro, etc., ó como hemos dicho, que el residuo libre del tercio de mejora sea superior ó igual á la cuota de cada hijo en la legítima corta.

Al llegar á este límite pueden seguirse dos procedimientos distintos. Es uno de ellos dividir sólo entre los hijos la legítima corta, única que puede corresponderles en dominio y de la que no se les puede privar, y dar al viudo una porción igual, primero en el residuo del tercio de mejora, y después, para lo que en su caso falte, en la parte de mejora expresa, conservando la nuda propiedad del mejorado. Es el otro dividir sólo entre los hijos la legítima que resulte (tercio solo ó tercio y residuo), y pagar al viudo una cuota igual en la parte de mejora expresa. Este último método tiene por límite para el viudo el importe de esa me-

jora expresa, pues si su porción excede de ese importe, habría que quitar algo á los hijos en el residuo; y alterándose así la igualdad, habría que recurrir al primer procedimiento, que, por ser más seguro, es el más aceptado.

En suma: cuando al practicar la división de la legítima que resulte entre el viudo y los hijos, la parte correspondiente á éstos sea igual á su participación inviolable en la legítima corta, como ya no puede reducirse más su haber y han de disfrutarlo íntegro en pleno dominio, aunque aumente la mejora expresa, al aumentar ésta hay que empezar siempre por dividir sólo entre los hijos la expresada legítima corta, y dar después al viudo una porción igual en el tercio de mejora, tomándola en este caso del residuo, y, en su defecto, ó, lo que falte, de la mejora expresa, para que subsista la igualdad con los hijos no mejorados.

Cuando por concurrir á la sucesión hijos de dos ó más matrimonios deba pagarse la cuota del cónyuge viudo del tercio de libre disposición, conforme á lo prevenido en el art. 839, la operación divisoria es bien sencilla. Los dos tercios de legítimas, con deducción de las mejoras, si las hubiere, se adjudicarán por partes iguales á los hijos, sin incluir al viudo, y una cuota igual á la que corresponda á los no mejorados se adjudicará en usufructo del tercio libre al cónyuge viudo. Si el testador hubiese dispuesto de dicho tercio, en todo ó en parte, los legatarios, y, en su defecto, los hijos, conservarán la nuda propiedad, hasta que, por fallecimiento del viudo usufructuario, se consolide en ellos el pleno dominio.

En este caso, y en todos los demás, deberá consignarse en la partición y en las hijuelas la condición ó el concepto en que se adjudican los bienes, á fin de que, haciéndolo constar en el Registro de la propiedad, respecto de los inmuebles, queden garantizados para lo sucesivo los derechos de cada interesado.

El párrafo 2.° del art. 834 es confirmación de la regla general. Cuando queda un hijo, la legítima ó los dos tercios se dividen entre él y el cónyuge sobreviviente, correspondiendo á éste

en usufructo la mitad, ó sea el tercio de mejora, cuya nuda propiedad pertenece al hijo.

Ejemplos. — Caudal: 36.000 pesetas. Tres hijos del mismo matrimonio ó descendientes que les representen.

CASO PRIMERO. *Sin mejora.*—La legítima, ó sean los dos tercios del caudal, importante 24.000 pesetas, se divide en cuatro partes: una, en pleno dominio, para cada uno de los tres hijos, y otra, en usufructo, para el viudo, correspondiendo á cada uno una cuota igual de 6.000 pesetas.

CASO SEGUNDO. *Con mejora expresa del tercio.* — La legítima de los hijos no mejorados es un tercio, ó 12.000 pesetas. Se divide sólo entre los hijos, correspondiendo á cada uno 4.000, y dando al viudo otras 4.000 sobre las mejoras, proporcionalmente.

CASO TERCERO. *Con mejora de 8.000 pesetas.*—La legítima del tercio, mas el residuo, son 16.000, que, divididas como en el caso primero, por no perjudicarse la legítima corta de los hijos, toca á cada partícipe una cuota igual para todos de 4.000.

CASO CUARTO. *Con mejora de 9.000 pesetas.* — Llegando al máximum en el caso anterior, la posible división entre los hijos y el viudo, y al mínimum, la cuota de cada uno de esos hijos, ésta no puede ya disminuirse, por lo que, aumentada la mejora expresa en el presente caso, se ha de dar á cada hijo su parte en el tercio de legítima estricta, ó sea 4.000, y una cuota igual al viudo, tomando ésta, en primer tèrmino, del residuo del tercio de mejora, y si no lo hubiese ó fuese insuficiente, proporcionalmente de las mejoras expresas, conservando la nuda propiedad los mejorados.

CASO QUINTO. *Con hijos de dos ó más matrimonios.*—Los dos tercios de legítima, con deducción de las mejoras, si las hubiere, se divide por partes iguales entre los hijos solamente, y una cuota igual á la de los no mejorados se adjudica al cónyuge viudo en usufructo del tercio de libre disposición.

Esta segunda opinión era la del inolvidable autor director de esta obra Sr. Manresa, quien tenía el convencimiento de que tal

era el sistema aceptado por el Código, sin haber encontrado razón alguna de peso que le hiciera no ya alterar su opinión, sino ni aun dudar en esta materia.

TERCERA OPINIÓN.—Se divide entre los hijos el tercio de legítima forzosa y se da al viudo una cuota igual.

Los que sostienen esta opinión discurren del modo siguiente: Con arreglo á las bases 16 y 17, la doctrina del Código en el artículo 834 resulta clara y evidente. La cuota del viudo, según la base 17, ha de ser igual á la que corresponda por *legítima* á cada uno de los hijos. La legítima de los hijos, según la base 16, es un tercio del caudal, y nunca más que un tercio. Dividiendo, pues, este tercio por el número de hijos, se obtiene la cuota que á cada hijo corresponde por legítima, y queda fijada la cuota del viudo, que ha de ser igual. Ni la sombra de una duda deja esta cuestión con arreglo á las bases.

Al dar vida el Código en el art. 834 á la base 17, se encontró con la doctrina del 808, que establece que la legítima de los hijos la constituyen las dos terceras partes del caudal, y aunque en el mismo artículo se distingue y separa con claridad la naturaleza independiente de cada uno de esos dos tercios, que se amalgaman para denominarles en común *legítima,* se temió que, pudiera entenderse, si se respetaba íntegramente la base, que la legítima á que el art. 834 aludía era la larga, la de los dos tercios, y se adicionó la frase *no mejorados*, para que constase que debía excluirse el tercio de mejora. La adición no ha sido muy feliz, y de su impropia expresión han nacido dudas que necesitan aclaración.

Mas, desde el momento en que esas dudas existen, y así lo prueba con toda evidencia la distinta interpretación que se da por los comentaristas al art. 834, las bases 16 y 17 deben tenerse muy en cuenta para resolverlas, pues si el texto legal, aun extralimitándose, merece preferencia de hecho sobre las bases, siempre serán éstas un elemento importantísimo de interpretación.

Palpita en el Código la misma idea que en las bases. Un tercio de bienes de cuya disposición se priva en absoluto el testador; otro tercio del que se le permite disponer también en absoluto; otro tercio, por último, del que se le permite disponer con ciertas limitaciones, ó del que se le prohibe disponer fuera de ciertos límites. Privación absoluta; libertad absoluta; libertad y prohibición relativas. He aquí la naturaleza de los tres tercios.

¿Es legítima el tercio de mejora? Las palabras legítima y libertad pugna de verse juntas. No es propiamente legítima una porción de la cual puede disponer el testador aunque dentro de ciertos límites, una porción de la cual puede privar hasta á sus mismos herederos forzosos. Sin embargo, el art. 808 así nombra á esa porción porque no puede salir de los descendientes, porque si bien existe cierta libertad, existe también cierta necesidad.

Mas á pesar del nombre, el art. 834 sólo se refiere á la legítima de los descendientes legítimos *no mejorados*, y los descendientes legítimos para ser no mejorados es preciso que no reciban parte alguna del tercio de mejora, porque desde el momento en que alguna parte de ese tercio recaiga en un hijo, éste se halla realmente mejorado, porque lleva algo más de lo que le corresponde por su legítima estricta, algo más de lo que tiene derecho á exigir siempre aun contra la voluntad del testador, algo más, que si lo tiene, es porque el causante no ha querido quitárselo, ó de otro modo, algo que debe á la voluntad del testador y no á la ley.

Es cierto que el Código usa la palabra mejora en diversas acepciones, y así, unas veces la mejora es el tercio de que el testador *puede* disponer con libertad entre sus descendientes, y otras veces es el tercio ó la parte del tercio de que el testador ha dispuesto expresamente. Pero el art. 823, que es el que define la mejora, considera como tal la tercera parte de los bienes que el ascendiente *puede* asignar á su arbitrio entre sus descendientes. Y si por estas razones el hijo que tenga parte en ese tercio

se halla propia, aunque no expresamente mejorado por el testador, claro es que el hijo no mejorado es el que no toma parte alguna del tercio de mejora, y por tanto que la legítima á que alude el art. 834, de conformidad con las bases, es la legítima corta ó estricta, siempre un tercio, debiendo ser la cuota del viudo igual á la que en ese tercio corresponda á cada uno de los hijos.

Cuando el testador mejora expresamente á todos sus hijos, aunque en distinta proporción, como puede hacerlo, no existe hijo alguno no mejorado, no existe el tipo de que habla la ley, y sin embargo, es preciso reconstruirlo, ó inventar la cuota que correspondería á un hijo que no tuviese parte alguna en el tercio de mejora, para dársela igual al viudo. Pues esto es lo que, según esta opinión, debe hacerse en todo caso, ya que el artículo 834 supone al hablar de la cuota de cada uno de los hijos no mejorados que esa cuota existe siempre, y esto es cierto, si se prescinde siempre del tercio de mejora, mas no lo es si ha de incluirse como legítima.

La legítima estricta con este sistema, no sufre nunca gravamen ni disminución. La cuota del cónyuge es siempre igual en absoluto á la legítima de cada hijo, pues si á estos corresponde además la nuda propiedad de lo que usufructúa el viudo, será en el tercio de mejora ó en el tercio libre, y no en la legítima de los descendientes no mejorados. La legítima del viudo, no depende así de la voluntad de su difunto consorte, por no hallarse sujeta á los vaivenes de las mejoras expresamente dispuestas por el testador.

Y por último, se hace posible el pago de todas las legítimas, lo que no ocurre con los otros sistemas.

Como los párrafos tercero y cuarto del art. 834, el segundo es en esta opinión sólo una confirmación y aclaración de lo que como base se dispone en el primero. Cuando queda un solo hijo corresponde á éste el tercio de legítima estricta, y al viudo el usufructo de todo el tercio de mejora. Cuando quedan más hijos, la cuota del viudo no absorbe nunca un tercio, y por eso los ar-

tículos 835 y 839 dicen con propiedad que esa cuota se *saca* del tercio libre ó del tercio de mejora según los casos.

*
* *

Creemos haber interpretado fielmente las principales opiniones sostenidas sobre esta materia.

2.º—*De donde se saca la cuota del viudo.*

El Código civil, en su art. 807, ha concedido al viudo ó viuda el carácter de *heredero forzoso* del cónyuge premuerto, *en la forma y medida* que establecen los arts. 834 á 837, que estamos comentando. La concurrencia del cónyuge viudo á esa herencia puede ser con hijos ó descendientes legítimos del mismo matrimonio; en su defecto, con ascendientes legítimos; á falta de éstos, con hijos naturales reconocidos, ó con padres naturales, ó con hermanos y sobrinos, ó con herederos voluntarios, y también con hijos de dos ó más matrimonios del finado. Para cada uno de estos casos se determina en dichos artículos y en el 839 la medida ó cuantía de la cuota que ha de darse al cónyuge viudo y de dónde ha de sacarse; esto es, si del tercio de mejoras ó del de libre disposición.

En todo caso esa cuota es en usufructo, conservando la nuda propiedad de los bienes la persona ó personas á quienes corresponda la herencia por testamento ó abintestato, y es requisito indispensable para tener derecho á ella, que el cónyuge viudo no esté divorciado por sentencia firme ó que lo estuviere por culpa del difunto, como se declara en el art. 834.

Veamos ahora la medida ó cuantía de la cuota, y de dónde ha de sacarse en cada uno de los casos antes indicados. Aunque hemos expuesto esta materia en el párrafo anterior, creemos conveniente, por su importancia, completarla con un resumen de lo que procede en cada caso, por el orden que el Código establece, y con la explicación del art. 839, que se refiere al caso en que el cónyuge viudo concurra á la herencia con hijos de dos ó más matrimonios del finado.

1.° *Con hijos legítimos del mismo matrimonio.*—Si no existe más que un solo hijo ó descendiente, corresponde al cónyuge viudo el usufructo del tercio de mejoras, ó sea la mitad de la legítima del hijo, el cual conserva la nuda propiedad de ese tercio hasta que por fallecimiento del cónyuge se consolide en él el pleno dominio. Y si son dos ó más los hijos, la cuota del viudo ha de ser igual á la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos no mejorados, sacándola también del tercio de mejoras. Así lo disponen los arts. 834 y 835.

En el párrafo anterior de esta misma sección hemos examinado extensamente este punto. Sólo añadiremos, como motivo de dichas disposiciones, que al tratar de reformar el derecho patrio común sobre esta materia, se acordó en principio que la legítima del viudo gravase sobre el tercio destinado á la mejora de los descendientes, con el fin de no mermar más la parte libre, y no alejarse demasiado de las legislaciones forales. Sabemos igualmente, que se planteó después la cuestión con referencia al caso de un viudo del cónyuge casado segunda vez, y que si bien se le concedió también legítima, se acordó que esa legítima gravase en tal caso el tercio libre, porque pareció injusto que los hijos del primer matrimonio sufriesen dos veces el usufructo del cónyuge, y lo soportasen la segunda vez en favor de su padrastro ó de su madrastra, persona extraña para ellos. Esta es la razón del art. 839.

2.° *Con ascendientes*—Cuando la herencia corresponde á los ascendientes por no haber hijos ni otros descendientes legítimos, el cónyuge viudo tiene derecho á la tercera parte de la herencia en usufructo, cuyo tercio se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo. Así lo ordena el artículo 836, sin que pueda ofrecer duda alguna su inteligencia. Según el 809, la legítima de los ascendientes es la mitad del haber heditario, y de la otra mitad, que es de libre disposición, ha de sacarse la cuota en usufructo del cónyuge viudo. La nuda propiedad de esta cuota, si el causante de la herencia no hubiere dispuesto de ella, pertenecerá al ascendiente ó ascendientes

á quienes corresponda la herencia por testamento ó abintestato.

3.º *Con otros herederos.*—Si el cónyuge difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos cualesquiera que sean sus herederos, ya por testamento, ya abientestato, el otro cónyuge tiene derecho á la mitad de la herencia en usufructo. Así lo ordena el art. 837. No dice de dónde ha de sacarse esa cuota, ni era necesario decirlo, en razón á que, en tales casos, puede adjudicarse al cónyuge viudo de la parte libre la mitad que le corresponde en usufructo, conservando la nuda propiedad los herederos. No obsta para ello, en su caso, la legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos, pues como se declara en el artículo 841, el pago de esa legítima ha de entenderse sin perjuicio de la del viudo, adjudicando á aquéllos en nuda propiedad, mientras éste viviere, lo que les falte para completar su legítima.

4.º *Con hijos de dos ó más matrimonios.*—Este caso se resuelve en el art. 839. Ya hemos indicado antes la razón de su justo precepto. Los que buscan defectos en el Código, lo encuentran confuso y mal redactado; pero esto no obsta, á nuestro juicio, para su recta inteligencia y aplicación.

Dice dicho artículo: «En el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios»; y se pregunta: ¿De cuál de los cónyuges han de ser esos hijos? Sin ningún género de duda, del cónyuge fallecido, porque son los únicos que pueden concurrir á su herencia.

Sigue diciendo el mismo artículo: «el usufructo correspondiente al cónyuge *viudo de segundas nupcias*». Aquí debe haber una errata; debiera decir «al cónyuge viudo *del* de segundas nupcias», ó suprimirse estas dos últimas palabras, y así quedaría más claro el concepto. El cónyuge viudo tiene derecho en todo caso al usufructo: el que ha de haber contraído necesariamente segundas nupcias es el premuerto, porque de otro modo sería imposible que concurriesen á su herencia hijos de dos ó más matrimonios.

Esa es, y no puede ser otra, la recta inteligencia de dicho artículo, el cual realmente dispone que en el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios del cónyuge fallecido, el usufruc-

to correspondiente al viudo se sacará de la tercera parte de libre disposición del finado, deduciendo previamente los gastos de entierro y funeral, como para caso análogo se ordena en el artículo 840.

Puede quedar un solo hijo y proceder de un anterior matrimonio. En este caso las opiniones de los comentaristas se han dividido, atendiendo unos más principalmente á la razón del precepto, y otros á la letra del art. 839.

El Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse de esta cuestión en su importante sentencia de 21 de Febrero de 1900, examinada por nosotros en el comentario del art. 815. Para que en el caso que la motivó fuese posible la acumulación en el cónyuge viudo del legado del quinto de los bienes en usufructo, y de la legítima usufructuaria del tercio quedando sólo un hijo del primer matrimonio de la Marquesa, preciso era que esa legítima gravase, no el tercio libre del que había de sacarse el quinto, sino el tercio de mejora, y el Tribunal Supremo así lo establece en el considerando siguiente, perfectamente amoldado á la letra de los artículos 835 y 839.

«Acerca de esta cuestión son categóricos los textos del Código civil referentes á ella, pues en el art. 835 se establece como regla general que el usufructo correspondiente al viudo debe sacarse del tercio destinado á la mejora de los hijos, y en el 839, como excepción, que debe sacarse del tercio libre en el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, por donde como en la sucesión de la Marquesa no concurren hijos de dos matrimonios, sino el viudo con su entenado, es evidente que la cuota vidual debe detraerse del tercio de mejora sin que valgan argumentos de analogía, ni el principio de que donde la razón es la misma, idéntica debe ser la regla de derecho contra preceptos legislativos tan claros y terminantes como los que se contienen en los artículos citados, y para atribuir á la excepción, que es de interpretación estricta, casos que por no estar comprendidos en ella, entran de lleno bajo el imperio de la regla general.»

En resumen, quedando descendientes, se distinguen los siguientes casos:

1.º *Hijos de dos ó más matrimonios.*—Art. 839: la cuota del viudo grava el tercio libre.

2.º *Hijos de un solo matrimonio*, sea el último ú otro anterior. No comprendiéndose en la excepción del art. 839, se sigue la regla general del art. 835: la cuota se saca del tercio de mejora.

3.º *Un solo hijo.*—Párrafo segundo del art. 834, que, sin distinguir, asigna íntegro al viudo el tercio de mejora.

3.º *Forma en que ha de pagarse la cuota del cónyuge viudo.*

El cónyuge viudo no tiene en la porción de bienes que recibe en la herencia de su difunto consorte, ningún derecho absoluto, ó al menos ese es el pensamiento del legislador, siquiera pueda ser modificado, como más adelante expondremos, por la voluntad de los interesados. El cónyuge viudo solamente tiene el derecho de usufructuar su cuota. Más bien que asignar á él esa cuota de bienes, puede decirse que se debe asignar á los nudo propietarios, porque estos son realmente los que reciben el dominio de esa porción, con el gravamen de usufructo vitalicio á favor del cónyuge sobreviviente. Así deberá hacerse constar en sus respectivas hijuelas.

La ley no quiere que el capital propio de uno de los cónyuges salga de las personas á quienes el testador ó la ley quieran designar para pasar á individuos de la familia del otro consorte ó á los herederos voluntarios de éste. Como además, en el caso de quedar descendientes, la legítima del viudo se impone generalmente sobre el tercio de mejora que en definitiva debe quedar en los mismos descendientes, al cónyuge solamente se le concede una cuota usufructuaria, distinguiéndose en esto la legítima del viudo de la de todos los demás legitimarios.

Así, el medio normal es la asignación de bienes en usufructo. Ni el cónyuge puede obligar á los herederos á que se le pague su cuota en una forma distinta, ni los herederos al cónyuge á que

reciba su legítima como ellos quieran. Por regla general, y según el art. 1061, ya practicase la partición el mismo testador, ú otro en su nombre, ó los herederos mayores de edad, ó de cualquier manera que resulte hecha, en la partición se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie. Los objetos que correspondan al cónyuge sobreviviente los usufructuará según su clase, y ateniéndose á las prescripciones de los artículos 471 al 512.

Pero atendiendo á los graves inconvenientes económicos de la desmembración del dominio de los bienes inmuebles en nuda propiedad y usufructo, el art. 838 concede una facultad á los herederos propietarios: la de asignar al viudo una renta vitalicia, ó los productos de determinados bienes, ó la de entregarle un capital en efectivo, en dinero ó valores equivalentes.

De estos tres medios especiales, únicos para cuya adopción se faculta á los herederos, los dos primeros sustituyen el usufructo por otro derecho de disfrute; pero el último parece envolver un cambio completo en el modo de satisfacer la cuota. En efecto, las palabras «ó un capital en efectivo», separadas de las anteriores por una coma, suponen la entrega del capital al cónyuge, la transmisión de la propiedad, porque si así no fuese, si se entendiera que sólo se transmitía el disfrute, se hubiera referido la ley á los productos de determinados bienes ó de un capital en efectivo, ó se hubieran suprimido las últimas palabras; porque en los productos de determinados bienes se hallan incluídos los productos de un capital en efectivo, esto es, en dinero, en títulos, etc.

Sin embargo, parece que lo que quiso establecer fué lo dispuesto en el art. 819 del Código de Italia, el cual consiente á los herederos sustituir el usufructo con la constitución de una renta vitalicia, ó la asignación de frutos ó productos de bienes inmuebles ó capitales hereditarios determinados; aunque por convenio de los interesados puede hacerse la entrega de un capital en efectivo, como luego veremos.

Por la renta vitalicia, los herederos se obligan á pagar al cónyuge una pensión ó rédito anual durante su vida, conservando en su poder el capital, los bienes muebles ó inmuebles de la herencia que han de soportar la carga de la pensión. Véanse los artículos 1802 al 1808, que son en parte aplicables.

Por último, los bienes determinados que debiera disfrutar el viudo pueden quedar en poder de los herederos con la obligación de satisfacer á aquél sus productos.

La ley estima que con estos medios no puede perjudicarse al cónyuge, el cual ha de disfrutar con más tranquilidad, y sin graves obligaciones, ni responsabilidad, ni gastos, su cuota. Por esto, para evitar los inconvenientes del usufructo y por tener el carácter de deudores los herederos, el art. 838 concede á éstos exclusivamente el derecho de pagar en la forma que quieran, sin que el cónyuge pueda oponerse en principio á esa determinación.

En la palabra *herederos* debemos ver todo interesado los herederos voluntarios ó forzosos y aun los legatarios, los obligados á pagar al cónyuge su cuota. Si siendo más de uno no pueden llegar á un acuerdo, resolverá la autoridad judicial. Y debe entenderse que hay acuerdo cuando lo resuelva la mayoría de los interesados y no pueda resultarles grave perjuicio, aplicándose las reglas establecidas en el art. 398.

El testador puede también disponer el pago del usufructo en una de las formas expresadas.

Dispuesto así por el testador ó por los herederos, hay que realizar ó ejecutar lo dispuesto, y ya para esto es indispensable que dichos herederos y el cónyuge procedan de mutuo acuerdo porque ni la fijación del capital en efectivo, ni la determinación de la renta ó de los productos, pueden quedar al arbitrio de los deudores. Páguese en una forma ó en otra, el cónyuge tiene siempre derecho á la cuota que le asigna la ley, y esa cuota no puede ser mermada contra su voluntad. De aquí que deban calcularse las utilidades que, en relación con las de la totalidad de los bienes hereditarios, le corresponde disfrutar, y con arreglo

á ellas fijar la renta, ó escoger los bienes ó el capital que deben producirla.

Si no existe mutuo acuerdo, ha de resolver la autoridad judicial. No marca el art. 838 el procedimiento que deba seguirse, ni correspondía al Código establecerlo; pero bien puede afirmarse que la ley no quiere que medien las formas solemnes de un juicio declarativo. Si se ha promovido juicio de testamentaría, como un incidente del mismo puede resolverse la cuestión. En otro caso, creemos suficientes los trámites marcados por los incidentes, porque realmente es un incidente de la testamentaría ó del abintestato, hasta tanto que por la ley procesal ó la jurisprudencia se determine el procedimiento aplicable al caso.

Hemos dicho que el art. 838 sólo consiente, como derecho en los herederos, la sustitución del usufructo por otro derecho de disfrute, pago de una renta, pago de ciertos productos, usufructo de un determinado capital en efectivo. Pero de acuerdo con el cónyuge puede estipularse otra cosa distinta. Ya no se trata de un derecho de los herederos, sino de un convenio posterior á la adquisición de los bienes hereditarios; convenio por virtud del cual el cónyuge puede conformarse con que se le asignen en popiedad determinados bienes muebles ó inmuebles, ó un capital en efectivo, que equivalgan en dominio á su derecho de usufructo. Estos casos no son raros, porque suelen reportar ventaja á todos los interesados. Por una parte, los herederos no obtienen por el pronto utilidad en los bienes cuyos frutos ha de percibir el viudo, y por otra parte, éste no puede disponer de la propiedad de los bienes mismos que se le asignan, estando sujeto á las obligaciones propias del que disfruta bienes ajenos.

Convendría mejorar la redacción del art. 838, porque aun cuando hemos tratado de explicarle siguiendo la doctrina del Codigo de Italia, es lo cierto que el precepto admite diferentes interpretaciones. Puede entenderse que es facultad de los herederos obligar al cónyuge á que acepte un capital en efectivo, dejando en todo caso el mutuo acuerdo solo para fijar ó determinar la cuantía de ese capital. Y puede creerse que en todo caso

el mutuo acuerdo es indispensable aun tratándose sólo de variar la forma normal del usufructo, sin cambiarle por un derecho de propiedad. Ambas interpretaciones puede sostenerse que son más conformes á la letra del artículo que la que queda expuesta en el comentario. El artículo 838, leído con otro orden en la oración, dice: Procediendo de mutuo acuerdo, podrán los herederos satisfacer, etc. Y así, aun queda la duda de si el mutuo acuerdo se refiere á los herederos y al viudo, como es lo lógico y natural, ó sólo á los herederos cuando hay más de uno.

III.—Derechos y obligaciones del cónyuge viudo con relación á su cuota

El cónyuge viudo es un legitimario, un heredero forzoso. Su derecho es, por lo tanto, esencialmente igual al de todos los legitimarios. La porción que le asigna la ley es exclusivamente suya, sin que el testador pueda disponer de ella, ni imponer sobre la misma gravamen alguno.

La legítima del viudo, como todas, está constituída por la ley, y nace desde el momento de la muerte del otro cónguge, atendiéndose á dicha época para la determinación de su cuantía y de su disfrute.

El nacimiento del derecho de viudedad no se efectúa en caso de no sobrevivir un cónyuge ó de hallarse divorciado por su culpa, ó de haber sido desheredado.

La cuota del viudo la establece la ley en usufructo, á semejanza de las reconocidas en las legislaciones forales, por lo que hay que tener presentes las disposiciones del mismo Código, referentes al derecho de usufructo, según el art. 470, que declara han de ser las aplicables en defecto de título constitutivo, ó á falta de reglas especiales, establecidas por la voluntad unánime ó conforme de los interesados, salvo el precepto especial del artículo 838.

Siendo el viudo un usufructuario, en los casos normales tiene las obligaciones y derechos que á todo usufructuario correspon-

den con arreglo á la ley. El primer deber es el de formar inventario de los bienes que ha de disfrutar; mas este deber, tratándose de una sucesión, no le afecta exclusivamente. Han de inventariarse y valuarse todos los bienes de la herencia, y ha de practicarse la liquidación, división y adjudicación del caudal relicto. La adjudicación al viudo constituye el inventario de los bienes que usufructúa.

En cuanto al deber de prestar fianza, sólo alcanza al viudo que contrae segundas nupcias, con arreglo al art. 492, á cuyo comentario nos remitimos.

Del mismo modo, por no duplicar la doctrina, nos referimos en cuanto á todos los derechos y obligaciones del cónyuge viudo como usufructuario legal, á los arts. 471 al 512. Ya en ellos tuvimos cuidado de marcar las especialidades de los usufructos legales, y entre ellos del correspondiente al cónyuge viudo. Véanse determinadamente los arts. 476 al 478, 480, 491, 492, 494, 498 y 507 al 510.

Si el usufructo se sustituye por alguna de las prestaciones á que se refiere el art. 838, no existen en el cónyuge los derechos y obligaciones del usufructuario, y en su lugar tendrá las facultades especiales de cada caso. Ya hemos dicho que el cónyuge y los herederos deben proceder en esto de mutuo acuerdo, y que, en su defecto, decidirá la autoridad judicial. Parece natural que en tales casos, conservando los herederos los bienes en su poder, se conceda al cónyuge para conformarse la facultad de exigir una garantía, una hipoteca especial, por ejemplo, que asegure el cobro de la renta ó la percepción de los productos; porque de otro modo, si su derecho descansa sólo en una obligación personal de los herederos ó interesados, puede verse privado de la legítima que quiso otorgarle en una forma ó en otra la ley, y al querer reclamar, encontrarse con la insolvencia de los deudores.

Este derecho parece distinto del concedido en el segundo párrafo del art. 838, como afectando á todos los bienes de la herencia transitoriamente, ó hasta tanto que se realice la sustitu-

ción ó se abone al cónyuge su derecho de usufructo en cualquier forma; pero pudiera apoyarse en él.

¿Necesita el viudo en ese tiempo mayor garantía que la que le da la ley al concederle derecho á legítima, al asignarle una parte alícuota de la herencia y en ella el derecho real de usufructo? El art. 838 parece así entenderlo. La ley rodea el nacimiento del derecho de una garantía excepcional. ¿Qué garantía es ésta?

Esfuérzase la mayoría de los comentaristas en probar que el cónyuge no necesita garantía alguna. El cónyuge viudo, dicen, es un heredero forzoso en una parte alícuota del caudal, y como heredero de parte alícuota y como cónyuge, tiene derecho, según la ley de Enjuiciamiento civil, á promover el juicio voluntario de testamentaría. Al cónyuge viudo se le concede un derecho real, el de usufructo, sobre una porción indivisa de la herencia, y tiene, como todo propietario de un derecho real, la facultad de ejercitar contra todo tercero las acciones correspondientes para obtener la efectividad de su derecho. El cónyuge viudo no puede ser superior á los demás herederos, y puesto que no debe ser más privilegiado que ellos, ni necesita una garantía excepcional, ni la tiene ni puede tenerla, ni la ley se la otorga.

¿Quién no ve que la consecuencia no es lógica? O la ley concede esa garantía, ó no. Si no la concede, sobran argumentos; y si la concede, también están demás, porque no hay que discutir lo que debe ser, sino lo que legalmente es; no si la garantía se necesita ó debe existir, si no si existe.

De la misma calidad son los siguientes argumentos: El artículo 838 no concede una hipoteca general tácita, porque la ley Hipotecaria proclamó los principios de publicidad y especialidad, y porque no sería eficaz. El art. 838 no ha podido otorgar una hipoteca legal especial, porque la ley Hipotecaria marca taxativamente las únicas hipotecas legales existentes, y entre ellas no se incluye ninguna á favor del cónyuge viudo. El artículo 838 no ha podido pensar en dar al viudo derecho á pedir

una anotación preventiva, porque la ley Hipotecaria sólo otorga ese derecho á los legatarios de cosa específica, ó de género ó de cantidad, nunca á los de parte alícuota que pueden promover el juicio de testamentaría.

¿Cómo iba á comprender la ley Hipotecaria derechos, hipotecas ó anotaciones, cuya razon de ser no existía cuando se publicó y reformó? ¿A quién corresponde fijar los derechos civiles de las personas? El legislador como legislador, y precisamente en el Código civil, pudo indiscutiblemente crear una hipoteca legal, pudo conceder derecho para obtener una anotación preventiva, pudo establecer la garantía que tuviese por conveniente, y una vez establecida, el deber de todos sería acatarla. La cuestión está, pues, en si el Código concede ó no una garantía excepcional al viudo en el art. 838, necesítela ó no, sobre ó no sobre, respete los principios de la ley Hipotecaria, ó los modifique, como puede modificarlos.

Y si atendemos al texto de la ley esa garantía existe. El artículo 838 declara *afectos* todos los bienes de la herencia *al pago* de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo. No afecta todos los bienes *al usufructo*, como parecía natural y bastante; ya que el usufructo recae sobre todos los bienes, mientras subsista la proindivisión ó indeterminación y no se haga recaer el gravamen de ese usufructo sobre bienes especiales, los afecta al pago. Se trata, pues, de una garantía para asegurar el pago de lo que, si bien puede ser un derecho real, autoriza la ley para que se convierta en una obligación de los herederos propietarios.

De aquí que los comentaristas den vueltas al precepto, apuntando la siguiente solución, bastante racional.

No se trata de una hipoteca, ni de una anotación, dicen, ni de garantía alguna excepcional; se trata del mismo derecho real de usufructo, que afecta á todos los bienes de la herencia, donde quiera que estén.

Esta opinión se fortalece con la idea del legislador, que no pudo ser otra que la de asegurar el derecho del cónyuge, dán-

dole la garantía natural y necesaria para su efectividad, y no otra cosa distinta. Los herederos determinan sustituir el usufructo por otro derecho de disfrute de renta ó de productos, que ya no es derecho real. A pesar de eso, subsiste el derecho de usufructo del cónyuge, y grava ó afecta indeterminadamente todos los bienes de la herencia, hasta que el propósito de los herederos se convierta en realidad, de acuerdo con el cónyuge; hasta que, en efecto, se realice aquella sustitución.

Y así lo confirma el art. 819 del Código de Italia, del que parece quiso tomarse el precepto. Dicho artículo previene que hasta que el cónyuge esté satisfecho de lo que le corresponda, conservará su derecho de usufructo sobre todos los bienes de la herencia.

Esta solución, como decimos, es muy racional, y más atendiendo al último argumento que hemos agregado; pero aun sosteniendo la redacción del artículo de nuestro Código, cabe aceptar esa interpretación.

El derecho á percibir la renta vitalicia ó los productos de determinados bienes, cambia el derecho real de usufructo en un derecho personal: derecho personal que la ley garantiza con todos los bienes de la herencia. Esta garantía es tan extensa, tan general, que no es raro se crea que carece de eficacia práctica, dados los preceptos de la ley Hipotecaria. Pero aunque no se entienda que consiste en el mismo usufructo que se ha acordado sustituir y debe entenderse desaparecido, sino en una especie de hipoteca tácita, no deja de ser eficaz. En efecto, el consentimiento del cónyuge es indispensable para la validez de las operaciones particionales, y por tanto, para que los herederos propietarios puedan enajenar ó gravar los bienes hereditarios. Dicho cónyuge puede negar su consentimiento y conservar esa garantía general y tácita, hasta tanto que se le asegure especialmente el cumplimiento de lo que constituyen en los herederos una verdadera obligación; la de pagar la renta ó los productos. Nada más justo y razonable, y para entender así el artículo, se trate del mismo usufructo ó de una hipoteca, basta dar el ex-

presado sentido á las frases «mientras así no se realice», que significan mientras el derecho del cónyuge no sea real y seguro, mientras no se le asigne el usufructo en bienes determinados, ó no se asegure el cumplimiento de la obligación que al usufructo sustituye. Pensar que la garantía desaparece sólo porque los herederos se obliguen en forma solemne á pagar rentas ó productos, nos parece absurdo. ¿Quién asegura que esa obligación ha de cumplirse por todos mientras exista el cónyuge? Ni ¿cómo dejar subsistente hasta la muerte de éste una garantía indeterminada?

Ese derecho de garantía, que nace al nacer el derecho ó legítima del viudo, se extingue en cuanto se realiza el pago de esa legítima, en cuanto se determinan los bienes sobre que recae el usufructo, ó en cuanto se asegura al cónyuge el cobro de determinada renta ó productos. Se trata, pues, de una garantía provisional, interina y general, sobre todos los bienes.

La ley Hipotecaria de Ultramar, queriendo dar vida á esa garantía é individualizarla, concedió al cónyuge viudo el derecho de obtener una anotación preventiva semejante á la que pueden pedir los legatarios sobre cualesquiera bienes raíces de la herencia. Esta anotación preventiva, hecha ya en virtud de documento público, ya á consecuencia de mandato judicial, habría de cancelarse al entregarse al viudo bienes ó rentas suficientes para cubrir su cuota usufructuaria.

La ley Hipotecaria de Ultramar ya no rige en tierras españolas; pero el art. 42, núm. 6.º de la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1909, reformando la de la Península, contiene hoy igual precepto que aquélla. Puede creerse innecesaria la facultad que al cónyuge viudo se concede; pero nosotros creemos que esa facultad viene á dar vida al precepto del art. 838, en forma propia y oportuna. ¿Por qué obligar al cónyuge á promover el juicio voluntario de testamentaría, si la ley le concede un derecho que no ofrece tantos gastos é inconvenientes?

IV.—Extinción del usufructo del cónyuge viudo

La base 17 exigía que se determinasen los casos en que había de cesar el usufructo legal concedido al cónyuge viudo. A pesar de esto, en la sección del Código que estudiamos sólo existen algunas frases que incidentalmente hacen relación á la terminación de ese derecho. El segundo párrafo del art. 834 dice que los hijos ó descendientes conservarán la nuda propiedad de los bienes hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en ellos el dominio. Esta disposición, por otra parte, es tan natural, que habría de sobreentenderse, aunque no se expresase, pues de ordinario el usufructo se considera vitalicio.

El silencio de la ley en los arts. 834 al 839 sólo prueba que el legislador no creyó necesario hacer uso de aquella autorización en el sentido de señalar causas especiales para la terminación del usufructo legal del cónyuge sobreviviente, prefiriendo equiparar este derecho á los demás usufructos, y dejar subsistentes las causas generales de extinción del usufructo, contenidas en los arts. 513 al 522.

No se ha seguido el criterio propio de las provincias regidas por fueros especiales, y ni se exige al cónyuge sobreviviente en general la vida recatada y honesta como condición para el goce de este derecho de usufructo, ni se impone como pena de las segundas nupcias la pérdida de la cuota legitimaria.

No termina, pues, el usufructo del viudo por ninguna de esas causas, ni por indignidad ú otros motivos especiales. No hay más causas de extinción que las generales comprendidas en el artículo 513, en lo que sean aplicables.

El usufructo, según ese artículo, se extingue:

1.º Por muerte del usufructuario. Esta causa es desde luego aplicable y la más usual. A ella alude el párrafo 2.º del art. 834.

2.º Por espirar el plazo por que se constituyó ó cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. Siendo vitalicio el usufructo concedido al viudo, no hay más plazo

ni condición que la vida del usufructuario, por lo que esta causa no es aplicable.

3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. Aparte la muerte del usufructuario, que produce de ordinario el mismo resultado, puede ocurrir fácilmente esta causa de extinción en el usufructo del cónyuge sobreviviente, ya por heredar éste á sus hijos muertos sin descendencia, ya por adquirir, en virtud de cualquier otro título, la nuda propiedad de los objetos usufructuados, de las personas á quienes corresponda.

4.º Por la renuncia del usufructuario. Ocurrida la muerte del causante, el cónyuge sobreviviente tiene un derecho adquirido, del cual puede disponer, siendo una de las formas de usar de este derecho, la renuncia. Con frecuencia, en las particiones de herencia se encuentran ejemplos de estas renuncias, que de ordinario se hacen en favor de los propios descendientes.

Niega un comentarista que la renuncia sea causa extintiva del usufructo del viudo, porque tiene, dice, el carácter de una pensión alimenticia, porque se concede al viudo para que viva.

No faltaría razón para pensarlo así, si el Código concediese legítima solamente al cónyuge pobre. Mas desechada esta idea por la Comisión, y dándose al viudo su cuota en todo caso, no existe realmente tal pensión alimenticia. Se quiere que el cónyuge no descienda de posición en el hogar doméstico, que conserve todo su prestigio y autoridad. Si no desciende, si conserva aún sin la legítima su prestigio, ¿qué necesidad tiene de ella? Buen cuidado tendrá el viudo de no renunciar cuando necesite la legítima para su subsistencia.

La legítima del cónyuge, aunque por razones especiales se conceda en usufructo, se extingue como todas las demás, mediante la renuncia: no es una excepción. El cónyuge es un heredero, y como tal, comprendido en la regla general del art. 988; la aceptación ó la repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres. No conocemos el precepto que excluya de este derecho al cónyuge viudo.

Aceptada la herencia, aún puede renunciarse después el usufructo sin perjuicio de tercero. Hemos visto en el art. 480 que el viudo puede enajenar su derecho. ¿Qué es la renuncia más que una forma de desprendimiento ó enajenación?

5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. Esta causa de extinción se aplica á cada una de las cosas determinadas que se hubieren adjudicado al cónyuge viudo y naturalmente produce al mismo tiempo la extinción del derecho de nuda propiedad sobre las mismas cosas, sin perjuicio de la responsabilidad procedente en caso de culpa ó de dolo. El viudo no puede exigir que á las cosas perdidas sustituyan otras.

6.º Por la resolución del derecho del constituyente. Aquí el constituyente es la ley en nombre del testador. Si el derecho de éste en las cosas adjudicadas en usufructo al cónyuge sobreviviente, se resolviese después en virtud de una causa anterior, habrá de estarse á las condiciones estipuladas para estos casos entre el mismo y los demás herederos. El art. 1069 establece además, para los casos no previstos, que hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, ó responden de la posesión legal y pacífica de esos bienes y de los vicios ó cargas ocultas que tuvieren.

7.º Por prescripción. Caso raro, pero posible.

Los casos más frecuentes y más propios de extinción del usufructo del viudo, son la muerte y la renuncia.

Véase el comentario de los arts. 514 al 522.

La jurisprudencia sentada con relación á estos artículos, queda expuesta en su comentario. Pueden, además, citarse, desde la anterior edición, las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 14 de Marzo y 13 de Noviembre de 1903, que tienen más relación con el art. 1057, en cuyo comentario serán examinadas, y la de 16 de Diciembre de 1904, según la cual, con sólo el testamento del causante y la partida de su defunción, sólo puede inscribirse el derecho hereditario á favor de un solo heredero ó de varios proindiviso, sin que sea posible inscribir

además una mitad á favor del viudo en concepto de gananciales, por deber preceder para ello la liquidación de la sociedad conyugal en debida forma, y por no tratarse en esa parte de derecho hereditario alguno. Aun en los casos de tratarse sólo de este derecho, al incluirse al viudo por su cuota legitimaria, ha de determinarse perfectamente la cuota de cada hijo, y en su consecuencia la del viudo, para que conste en el Registro la extensión del derecho que á nombre de cada uno ha de inscribirse.

SECCION OCTAVA

DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

I.—Ideas generales.

La ley, como sabemos, separa los descendientes ilegítimos en dos grandes grupos: 1.º, los hijos naturales reconocidos, á los que se equiparan los legitimados por concesión real; 2.º, todos los demás hijos ilegítimos.

Para establecer esta distinción, la ley se funda en el vicio de origen. Es una regla natural en la sociedad, tal como hoy se halla constituída, la familia legítima, fundada en el santo lazo del matrimonio. Esa regla interesa á la sociedad que se conserve, primero, porque obedece á prescripciones de orden moral, y después, porque, conservándola, se tiende á la conservación de la sociedad misma; siendo, por tanto, lógico que la ley defienda la familia legítima y ampare de ese modo los derechos de la esposa y de los hijos nacidos de mujer de bendición. Todos los séres procedentes de unión distinta al matrimonio son desviaciones de esa regla, todos proceden de sendas tortuosas, que conviene cerrar para que por ellas camine el menor número posible de seres extraviados. En ello se halla interesada toda la humanidad, si no ha de llevarse el deshonor y la desgracia al seno de las familias, ó suprimidas éstas, no ha de convertirse la sociedad, reunión de séres libres, inteligentes y morales, y en una amalgama ó aglomeración de individuos, sin más instinto que el pu-

ramente material, ni más fin que el de gozar y vivir, prescindiendo de todos los lazos del deber.

Mas, entre los hijos de uniones ilegítimas, los hechos mismos marcan una profunda línea divisoria. Unos hijos proceden de la falta; otros proceden de un crimen contra la misma familia ó contra la religión, y no cabe igualar sin profunda injusticia las uniones ilegítimas de séres que, aunque no se hallaban enlazados por el matrimonio, eran libres para enlazarse en él, con aquellas otras que profanan el mismo lazo del matrimonio, ó quebrantan los votos de la religión, ó mezclan vergonzosamente á individuos de la misma familia, borrando la distinción entre padres é hijos, ó entre hermanos y hermanas, ó alterando las inocentes relaciones que entre ellos deben existir.

Estas ideas llevaron á una falsa doctrina; los hijos ilegítimos no tenían familia; luego no podían ejercer los derechos que la ley concede á los individuos de una familia, no podían ser llamados á la sucesión de persona alguna, ni merecían á veces alimentos. Las culpas de los padres caían sobre sus hijos, llevando la descendencia ilegítima una maldición legal que la acompañaba desde el nacimiento hasta el sepulcro, sin esperanza alguna de redención.

La conciencia, sin embargo, enseña bien pronto á distinguir, después de conocer el bien y el mal, entre el inocente y el culpable. Las uniones ilegítimas constituyen todas ellas un mal mayor ó menor; podrá fantasearse cuanto se quiera sobre sus desastrosos efectos, sobre la necesidad de anularlas ó limitarlas y de imponer un castigo al que las realiza; pero los culpables son únicamente los que se unen despreciando las leyes morales, sociales ó civiles. Los hijos procedentes de esas uniones son inocentes: no han cometido falta ni delito alguno; merecen lástima y consideración, nunca castigo.

La vida se da sin contar para nada con el sér que ha de vivir. El que proviene de una unión ilegítima nace tan limpio de culpa por su parte como el que procede de una unión legítima. Sin embargo, se encuentra abandonado desde su nacimiento, no

tiene familia, no siente, á veces, ni el cariño de sus padres, que, satisfecho el instinto animal, suelen separarse, dejando á la sociedad el cuidado de velar por el fruto del crimen ó la falta, cuando no atentan hasta contra su vida; y la sociedad, en tanto, aunque compadecida, imprime un sello de infamia y de desprecio sobre la frente del desgraciado hijo ilegítimo. ¿Debe la ley dejar á ese hijo en el desamparo, cantigando en él faltas ajenas? La conciencia responde que no, y estima justo que esos hijos gocen, en principio, de los mismos derechos que los hijos legítimos, y ya que la ley no pueda concederles cuantos lazos de afección y cuantos privilegios les arrebataron sus padres al darles la vida, debe, al menos, reconocerles un derecho sobre los bienes de esos padres, lo mismo durante la vida de éstos, que después de su muerte.

Laurent dice con razón: «Se invoca contra los hijos naturales el principio que sirve de base al orden de las sucesiones: la conservación de la familia. Extraños á la familia, se dice, no pueden reclamar derecho hereditario alguno. Mas esto no es más que uno de los aspectos de la cuestión; hay otro punto de vista, á nuestro modo de ver, decisivo. El que da la vida á un hijo, ¿no tiene hacia él deberes que cumplir? Nadie se atreverá á negarlo. Pues bien: lo que es un deber para el padre, es un derecho para el hijo. Su derecho, en cuanto *hijo*, es el mismo que el del hijo legítimo. En vano tratará de oponerse el escándalo y la inmoralidad. La legislación, ¿es acaso menos inmoral permitiendo al hombre entregarse impunemente al vicio y al desorden? A él le basta no reconocer á sus hijos, con lo cual se castiga á los inocentes, mientras que los verdaderos culpables gozan tranquilamente de su fortuna y ni siquiera sufren alteración alguna en su consideración personal. He aquí la verdadera inmoralidad que es necesario combatir. El legislador debe enseñar á los que buscan fáciles placeres que tienen deberes para con los séres desgraciados á quienes dan la vida, y en caso necesario, debe obligarles á que los cumplan.»

Estas ideas no vacilamos en considerarlas redentoras y jus-

tas; mas como el mismo Laurent reconoce, tampoco son el único factor del problema. Enseñan lo que dicta la conciencia, pero prescinden demasiado de la realidad y de los intereses sociales. Vuelan tan alto, que, por acercarse al cielo, han perdido la tierra de vista. Es imposible prescindir de las circunstancias relativas, pero avasalladoras, de tiempo y de lugar. Tráiganse esas ideas á la práctica en Europa y en nuestra época; iguálense en todo los hijos ilegítimos con los legítimos, y queda igualada la mujer legítima con la concubina, la esposa fiel con la esposa infiel, la honradez con el sacrilegio y el incesto. Alonso Martínez exclama: «Borradas las procedencias é igualados en todos los derechos, así como en la consideración social, los hijos legítimos, naturales, adulterinos é incestuosos, la legitimidad se convertiría en un título irrisorio ó cuando menos, en un nombre vano; sería raro el hombre que aceptara los penosos deberes del matrimonio, y los pocos que tuvieran el heroismo de resignarse á ser maridos llorarían pronto la infidelidad de sus mujeres; y en el desate de los apetitos y la fiebre de la pasión, el pudor de las doncellas, la pureza de las hermanas y no me atrevo á añadir que de las hijas, quedaría sin escudo ni valla dentro del hogar doméstico, transformándose éste, de templo sagrado, en inmundo lupanar.»

Además de lo expuesto, hay que tener en cuenta dos circunstancias que aconsejan mayor generosidad con los descendientes legítimos que con los ilegítimos. Es una de ellas que los hijos legítimos, si, atendiendo sólo á la naturaleza, son iguales y deben ostentar los mismos derechos que los ilegítimos, atendien do á la ley tienen además, como razón de preferencia, que será todo lo secundaria que se quiera, pero que no deja de ser algo más, un factor que no debe despreciarse, el vínculo del matrimonio. Es la otra circunstancia decisiva para determinadas escuelas, que no brillan por su antipatía á la familia ilegítima, la de que el patrimonio familiar no pertenece exclusivamente al padre ni á la madre, sino también á los hijos que forman parte de la sociedad familia, los cuales, con su trabajo y con su cuida-

do, cada cual en la medida de sus fuerzas y facultades, ayudan á su formación y conservación, y esos hijos que la aludida escuela estima como copropietarios, no son ciertamente los ilegítimos, que viven fuera de tal sociedad, sino solamente los legítimos, que, por tal razón, tienen derecho á alguna preferencia.

Las ideas de Laurent triunfaron al fin en Francia cuando, después de la más grande revolución que registra la Historia, quiso fundarse un régimen salvador y una sociedad nueva sobre las ruinas de la que se acababa violentamente de destruir. Los hijos ilegítimos fueron igualados á los legítimos á los efectos de la sucesión. Sin embargo, aun fueron excluídos los hijos adulterinos, á quienes sólo se les concedió alimentos. El respeto á las costumbres, la fe del matrimonio y las conveniencias sociales, decía Cambaceres, no consienten extender la igualdad hasta los hijos adulterinos.

Mas al tratar de realizar, y no aún con perfecta lógica, lo que se estimaba el ideal de la justicia, pudo observarse que no era empresa fácil borrar en un momento ideas y sentimientos antiquísimos, quizás menos perfectos, pero arraigados en la vida real. ¿Cómo separar el bien del mal, allí donde se hallan tan íntimamente mezclados, que todo favor al inocente recae indirectamente en los culpables, estimulando el mal y multiplicando sus perjuicios?

La cuestión es por hoy insoluble, y la realización de lo que se estima derecho natural, suponiendo que algún día pueda, sin tan graves inconvenientes como hoy existen, realizarse, no es obra de un día. Las reformas más radicales no son las mejores. Hay que tener en cuenta, como queda dicho, las condiciones relativas de lugar, de tiempo, de costumbres, etc. El Código de Napoleón dió un paso atrás, y las demás legislaciones, obra de países que no habían caminado tan deprisa como Francia, al seguir al Código de Napoleón, dieron un gran paso adelante. Los hijos naturales obtuvieron el reconocimiento de derechos más amplios en la sucesión testada ó intestada de sus padres, pero procurando siempre no ofender los sentimientos de la familia

legítima ni rebajar la alteza del matrimonio. Los demás hijos ilegítimos, en las legislaciones europeas, no lograron obtener otro derecho que el de alimentos.

II.—LEGISLACIÓN EXTRANJERA CON RELACIÓN Á LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

Para apreciar la obra del Código español, expondremos brevemente los derechos que á los hijos ilegítimos conceden los principales Códigos de Europa y de América, empezando por aquellos que se muestren más generosos con dicha descendencia.

GUATEMALA.—*Hijos naturales.*—Confiere su Código porción forzosa en la herencia de sus padres á los hijos ilegítimos, siempre que hayan sido reconocidos por aquéllos.

En concurrencia con hijos legítimos, tienen derecho á la quinta parte de los bienes.

A falta de descendientes legítimos, tienen derecho á la legítima de los cuatro quintos.

Pueden ser mejorados en el tercio de los cuatro quintos, aun habiendo descendientes legítimos, sin que en caso alguno puedan, sin embargo, recibir cada uno de ellos mayor porción que cada uno de los hijos legítimos.

Los derechos de los hijos ilegítimos se transmiten, por muerte de éstos, á sus descendientes legítimos ó naturales reconocidos.

Los padres naturales son también herederos forzosos en el tercio de los bienes.

MÉJICO.—*Hijos naturales.*

Si concurren como únicos herederos forzosos, su cuota son dos tercios.

Si concurren con descendientes legítimos.—La legítima para todos son los cuatro quintos, y la división se hace, deduciendo de la proporción que correspondería á los naturales, si se hiciese con igualdad, un tercio que acrece á la porción correspondiente á los hijos legítimos. Si concurren con unos y otros ascendientes, éstos tienen derecho á alimentos.

En concurrencia con hijos espurios.—Dos tercios para unos y otros, pero deduciendo de la porción de los espurios, una mitad acumulable á la parte de los hijos naturales.

En concurrencia con ascendientes de primer grado.—Dos tercios partibles con igualdad, pero considerando á los ascendientess como una sola persona.

Con ascendientes de segundo ó ulterior grado.-Estos tienen derecho á alimentos. La legítima de los hijos naturales son dos tercios.

Con ascendientes de primer grado é hijos espurios.—Dos tercios para todos, considerando á los ascendientes como una sola persona, y deduciendo de la porción correspondiente á los espurios una mitad que acrece á la parte de los hijos naturales.

Hijos espurios reconocidos.—Si concurren solos, su legítima es la mitad.

Si concurren con descendientes legítimos, no tienen derecho á porción forzosa.

En concurrencia con ascendientes legítimos de primer grado.—La legítima para todos son dos tercios, pero de la porción correspondiente á los hijos se deduce un tercio acumulable á la parte de los ascendientes.

Con ascendientes de segundo ó ulterior grado.—Dos tercios partibles con igualdad, pero considerando á los ascendientes como una sola persona.

Son también herederos forzosos los padres naturales.

CHILE Y COLOMBIA.—*Hijos naturales.*—En concurrencia con ascendientes legítimos ó cónyuge viudo, su legítima es la quinta parte del caudal.

Si concurren sólo con ascendientes, ó sólo con el cónyuge, una cuarta parte.

En concurrencia con hermanos y cónyuge viudo, la tercera parte.

Si concurren solamente con hermanos ó con cónyuge nada más, la mitad.

Habiendo descendientes legítimos, el Código de Colombia concede un quinto al hijo natural.

Otros hijos ilegítimos.—Pueden exigir la sucesión de sus padres los mismos alimentos á que el testador estaría obligado si viviese.

Padres naturales.—Suceden, á falta de descendientes legítimos y naturales, en la sucesión intestada, disminuyendo su haber si concurren cónyuge viudo ó hermanos.

REPÚBLICA ARGENTINA.—*Hijos naturales.*—En concurrencia con descendientes legítimos, los cuatro quintos de la herencia partibles entre todos por cabezas, pero de la porción correspondiente á los hijos naturales, si la división se hiciese con igualdad, se deduce un tercio, que se acumula á la parte de los hijos legítimos.

En concurrencia con ascendientes y viudo, les corresponde la cuarta parte.

A falta de dichos herederos forzosos, su legítima son tres cuartas partes del caudal.

Sus derechos se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos.

Otros hijos ilegítimos.—Sólo tienen derecho á alimentos.

FRANCIA.—*Hijos naturales.*—Según la ley de 25 de Marzo de 1896, correspoude legítima á los hijos naturales, la cual, en concurrencia con descendientes legítimos, consiste en la mitad de la cuota que les hubiera correspondido en caso de haber nacido de legítimo matrimonio; y en concurrencia con ascendientes legítimos, consiste en siete octavas partes de la mitad del caudal, si queda un solo hijo; de las dos terceras partes, si quedan dos hijos, y de las tres cuartas partes, si quedan tres ó más, perteneciendo la octava parte restante á los ascendientes. A falta de éstos, toman íntegra su legítima.

En la sucesión intestada, corresponde á los hijos naturales, cuando no concurren descendientes, ascendientes ó hermanos y sobrinos, las tres cuartas partes del caudal.

Los derechos de los hijos naturales se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos.

Hijos ilegítimos no naturales.—Sólo tienen derecho á alimentos

en la sucesión de sus padres, según la importancia de los bienes y el número y calidad de los herederos. Cuando ambos padres ó alguno de ellos hubiera suministrado alimentos durante su vida al hijo, ó cuando éste hubiese ya aprendido un arte mecánico, no pueden reclamarse alimentos en la sucesión.

ITALIA.—*Hijos naturales.*—En concurrencia con descendientes legítimos, les corresponde la mitad de la cuota á que tendrían derecho si hubieren sido habidos de justas nupcias.

En concurrencia con ascendientes legítimos, la misma cuota que en el caso anterior.

En concurrencia con otros herederos, dos tercios de la cuota que les hubiera correspondido siendo hijos legítimos.

Sus derechos se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos.

Hijos legitimados por concesión Real.—Gozan de los mismos derechos que los hijos legítimos.

Hijos ilegítimos no naturales.—Como en Francia.

BÉLGICA.—*Hijos naturales.*—Sólo tienen derecho á alimentos. El art. 903 permite que los padres, por su voluntad, les den en vida ó para después de su muerte la cuota que la ley les asigna en la sucesión intestada.

Hijos ilegítimos no naturales.—Rigen los mismos preceptos que en Francia, siendo extensivos á los hijos naturales.

ALEMANIA.—El Código de esta nación, que debe empezar á regir en 1.º de Enero de 1900, sólo concede á los hijos ilegítimos, en general, un derecho de alimentos en la sucesión de sus padres. Si los herederos quieren librarse de esa obligación, han de entregar á dichos hijos una cuota igual á la que les correspondería si hubieran sido legítimos.

PORTUGAL.—No concede legítima alguna ni aun á los hijos naturales.

III.—Precedentes legales patrios sobre los derechos de los hijos ilegítimos.

Fuero Juzgo.—No contiene disposiciones referentes á los hijos naturales.

La ley 2.ª, tít. 5.º, libro 3.º, niega derecho á legítima á los hijos adulterinos é incestuosos, cuando existen descendientes legítimos; pero si éstos faltan, añade, «hayan la buena los adulterinos é incestuosos, que magüer que sean nacidos de pecado, fueron purgados por el baptismo».

Fuero Real.—*Hijos naturales*.—Reconocido un hijo natural, si el padre ó la madre que le recibió como hijo hiciere testamento, ha de ser «sin empescimiento de aquel fijo que asi recibió». (Ley 7.ª, tít. 22, libro 4.º)

Según la ley 1.ª, tít. 6.º del libro 3.º, habiendo descendientes legítimos, pueden los padres mandar al hijo natural el quinto de sus bienes; y no habiendo tales descendientes, pueden mandarlos cuanto quieran.

Hijos legitimados por rescripto del Rey.—Considerándoles iguales á los hijos de mujer de bendición, les asigna la ley 17, título 6.º, libro 3.º, los cuatro quintos de la herencia.

Hijos incestuosos y adulterinos.—La ley 10, tít. 5.º, libro 3.º, prohibe mandar nada en testamento á ningún hereje... «ni fijo que hiciese en adulterio, ni en parienta, ni mujer dotri».

Prevé, no obstante, la ley 4.ª del tít. 6.º en el mismo libro, el caso en que una mujer casare con hombre casado, disponiendo que si hubiera contraído el matrimonio de buena fe, ella tendría derecho á la mitad de los gananciales, y sus hijos derecho á heredar; pero que si tuviese mala fe, sus hijos no serán herederos.

Hijos sacrílegos.—Los hijos procedentes de matrimonio nulo celebrado con hombre ó con mujer de orden tenían derecho á la buena de sus padres á falta de descendientes legítimos. Los hijos habidos de la unión ilegítima ó libre con las mismas personas, no tenían derecho á heredar, debiendo ser preferidos á ellos los parientes más próximos.

PARTIDAS. — *Hijos legitimados por rescripto.* — Les concede iguales derechos que á los legítimos la ley 9.ª, tít. 15 de la Partida 4.ª

Hijos naturales.—Partiendo del principio de que «las madres siempre son ciertas de los fijos que nascen de ellas», el Rey Sabio concede distintos derechos á los hijos naturales en la sucesión, según que se trate de la herencia del padre ó de la de la madre.

a) *Herencia del padre.*—Según la ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª, si quedan *hijos legítimos* puede el padre dejar en su testamento al hijo natural una dozava parte de sus bienes, y si no se la deja, tiene dicho hijo derecho á alimentos, los que deben serle suministrados por los herederos. Si quedan *ascendientes legítimos*, respetando el tercio de legítima de éstos, pueden los hijos naturales recibir de sus padres, por testamento, el resto de los bienes. A falta de ascendientes y descendientes legítimos, libre es el padre para dejarles lo que quiera.

b) *Herencia de la madre.*—Según la ley 11 del mismo título y Partida, «las madres siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas; por esta razon, todo fijo deue heredar en los bienes de su madre, en uno con los otros fijos legítimos que nascen dellas, quier sea legítimo ó non», salvo los de dañado y punible ayuntamiento, y los espurios nacidos de mujer de noble linaje y honrado lugar.

Hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos.—*a*) *Con relación al padre.*—No les concede la ley 5.ª del tít. 19, Partida 4.ª, ni aun el derecho de exigir alimentos á sus padres ni ascendientes paternos.

Abundando en la misma idea, la ley 10, tít. 13, Partida 6.ª, prohibe á los padres dejar á dichos hijos cosa alguna en su testamento, y hacer donaciones en su favor «fueras ende si el Rey le confirmasse la donación ó la manda por su privilegio». Salvo esta excepción, el rigor para con los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos era tal, que se facultaba á los descendientes, á los ascendientes y á los hermanos para hacer revocar la manda

ó la donación, si llegara á existir; y en último término, si nadie reclamaba esa revocación la donación ó manda pertenecía al Rey.

b) *Con relación á la madre.*—Los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y los espurios, hijos de mujer que se da á muchos, nacidos de mujer de noble linaje y honrado lugar, no podían heredar á su madre habiendo hijos ó descendientes legítimos, según la citada ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª; pero en todo caso podían exigir alimentos á sus ascendientes maternos, y, en primer término á su madre, pudiendo también heredar á ésta á falta de descendientes legítimos.

LEYES DE TORO.—*Hijos legitimados por rescripto del Rey.*—Según la ley 12 de Toro, aunque fuesen legitimados expresamente para heredar, si con posterioridad á la legitimación nacen hijos legítimos, no pueden ser herederos con éstos, pudiendo dejarles sus padres sólo el quinto de sus bienes; pero á falta de descendientes legítimos, tienen derecho á los cuatro quintos, aunque queden ascendientes.

Hijos naturales.—*a)* *Sucesión del padre.*—No tenían los hijos naturales derecho á legítima. Habiendo descendientes legítimos, podía el padre dejarles el quinto; no habiéndolos, podía dejarles en testamento lo que quisiere, aun habiendo ascendientes, según la ley 10.ª En todo caso, los hijos naturales y espurios tenían derecho á alimentos.

b) *Sucesión de la madre.*—La ley 9.ª de Toro, reformando el derecho anterior, dispuso que quedando descendientes legítimos, éstos solamente heredasen los cuatro quintos del caudal, pudiendo la madre dejar á sus hijos naturales el quinto restante; y no quedando descendientes legítimos, aunque hubiese ascendientes, debían dichos hijos heredar á su madre *ex testamento*, y aunque no fija su cuota, es de suponer que sustituían á los hijos legítimos, y como éstos tenían derecho á los cuatro quintos.

Los hijos *espurios*, varidad de los naturales, aunque colocados por la ley en un grado inferior, heredaban también á su madre, según la citada ley 9.ª, á falta de hijos legítimos y de hijos naturales.

Según la ley 27, sobre la mejora podía establecerse gravamen de vínculo, sumisión ó sustitución en favor de los hijos ilegítimos, con derecho á heredar (naturales y espurios), cuando no existiesen descendientes legítimos.

Otros hijos ilegítimos.—Don Juan I dictó en Soria, en el año 1380, una ley prohibiendo en absoluto que los hijos sacrílegos pudiesen recibir cosa alguna de sus *padres* clérigos, ni de los parientes por parte del padre, ni en vida ni para después de su muerte, y este precepto fué declarado subsistente por la ley 9.ª de Toro. Fuera de esto, y con relación al padre, sólo encontramos la ley 10.ª de dicha colección, que dispone que cuando el padre ó la madre estén obligados á dar alimentos á sus hijos ilegítimos, no les puedan mandar nunca por tal concepto más del quinto que hubieran podido dar por su ánima.

Con relación á la madre, la ley 9.ª define los hijos de *dañado* y *punible ayuntamiento*, considerando como tales á los que proceden de unión por la que la mujer incurría en la pena de muerte natural, y además á los hijos sacrílegos, disponiendo que esos hijos no tenían derecho á heredar á sus madres ex testamento ni abintestato, si bien éstas podían dejarles el quinto de sus bienes.

Tal era la legislación vigente en nuestra patria y con arreglo al derecho común al publicarse el Código civil. No faltaban, ciertamente, contradicciones, omisiones, ambigüedades y dudas que demandaban imperiosamente la reforma.

En cuanto á las legislaciones forales, no concediendo por regla general una legítima seria y equitativa á los mismos descendientes legítimos, no es raro que no concedan tampoco porción forzosa á los hijos ilegítimos.

IV.—Reformas más importantes del Código civil en esta materia

Nuestros legisladores no han vacilado en amparar, en la medida de lo posible, los derechos de los hijos ilegítimos. Su buen deseo no ha permitido, sin embargo, igualar á los hijos naturales con los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

La misma Revolución francesa, á pesar de su exageración en todo, no se atrevió á conceder derechos sucesorios á los hijos adulterinos, y no ciertamente porque no debieran estimarse tan inocentes como los demás, sino atendiendo á la fe debida en el matrimonio, al respeto que merecen las costumbres y á las conveniencias sociales. Este mismo respeto y estas mismas conveniencias, unido á la ofensa de los sentimientos religiosos y á los sagrados votos del sacerdote, se oponen á favorecer al hijo sacrílego, así como el orden interior necesario en la familia, y el temor de introducir la inmoralidad en su seno, serán siempre obstáculo para igualar con los hijos naturales á los incestuosos, cuyos padres no pudieron casarse ni aun con dispensa de parentesco.

Pero todos esos hijos, al recibir la vida, recibieron el derecho de conservarla, derecho correlativo con el deber que de alimentarles contrajeron sus padres al procrearlos. La ley eleva ese deber á obligación *transmisible á los herederos,* y así todos los hijos ilegítimos tienen el derecho de exigir alimentos en la herencia de sus padres, mientras los necesiten y haya razón para concedérselos.

Los hijos naturales reconocidos se hallan en una situación bien diferente, y la ley les otorga derecho á legítima en la herencia de sus progenitores. No era justo limitar ese derecho á la herencia de la madre, cuando mediante el reconocimiento podía señalarse con igual certeza la persona del padre.

Los hijos naturales obtienen en el Código derecho á legítima, y en representación de ellos la obtienen también sus descendientes legítimos. Y esa legítima les es siempre debida, sin que puedan ser excluídos por nadie, ya concurran con descendientes ó ascendientes legítimos, con cónyuge ó con otras personas.

Pero la cuota no puede ser igual á la de los hijos legítimos. La ley tiene en cuenta que, aunque unos y otros hijos son iguales, por correr por sus venas la sangre de unos mismos padres, los hijos legítimos tienen, además de ese vínculo natural, el

vínculo que les da la ley por proceder de legítimo matrimonio. Otra razón abona este criterio. Los hijos legítimos viven en la familia; los hijos naturales suelen vivir fuera de ella. Aquéllos coadyuvan de ordinario á la creación y conservación del patrimonio familiar: éstos no; por lo cual, lo que con relación á los hijos legítimos es muchas veces una obra de justicia, con relación á los hijos naturales, y en cuanto se trata de un derecho superior al de los alimentos, no pasa de ser la concesión de una gracia.

En cuanto á los hijos legitimados por concesión Real, no pasan de ser hijos reconocidos. Si por una parte puede parecer que representan algo más que los hijos naturales, por otra puede la legitimación encubrir el sacrilegio ó el adulterio, y siempre son hijos nacidos fuera de matrimonio y no legitimados por él. Mientras no se exijan por la ley condiciones excepcionales que alejen toda sombra de ofensa á la familia legítima, no pueden esos hijos ser igualados á los legítimos. El Código los equipara á los hijos naturales reconocidos, con lo cual, si algo pierden, respecto á los derechos que la legislación anterior les reconocía, cuando concurren á la herencia con ascendientes ó colaterales, algo ganan cuando concurren con descendientes legítimos, que es el caso más general.

La cuota de los hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, no es siempre la misma. Va aumentándose en relación con la clase de personas que concurren con esos hijos á la sucesión. Habiendo hijos legítimos, reciben como máximum la mitad que éstos; en concurrencia con ascendientes, su legítima es la cuarta parte de la herencia; en concurrencia con otras personas, es un tercio del caudal.

El Código no se ha contentado, por último, con asignar porción forzosa á los hijos naturales, sino que ha llegado hasta á reconocer también derecho á legítima en los padres naturales por el principio de reciprocidad, como veremos al comentar el artículo 846.

ARTÍCULO 840

Cuando el testador deje hijos ó descendientes legítimos é hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral.

Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda á los naturales, en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación.

ARTÍCULO 841

Cuando el testador no dejare hijos ó descendientes, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho á la mitad de la parte de herencia de libre disposición.

Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, conforme al art. 836, de modo que, concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará á éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima.

ARTÍCULO 842

Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho á la tercera parte de la herencia.

ARTÍCULO 843

Los derechos reconocidos á los hijos naturales en los precedentes artículos se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos.

ARTÍCULO 844

La porción hereditaria de los legitimados por concesión Real será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos.

I.—Hijos ilegítimos á quienes se asigna porción forzosa

Determinan estos artículos la legítima de los hijos naturales reconocidos y de los legitimados por concesión Real.

El reconocimiento ó la legitimación es la prueba de su derecho, prueba de la que no son dispensados ni aun los hijos legítimos, los cuales han de justificar su cualidad con el testamento, ó en su defecto, por los medios que marca la ley y examinaremos al ocuparnos de la sucesión intestada.

Los derechos reconocidos á los hijos naturales en los artículos 840 al 842, y á los legitimados por concesión Real en el artículo 844, se transmiten por su muerte á sus descendientes *legítimos*, según el 843.

Los descendientes naturales del hijo natural quedan excluídos de un modo expreso. Los mismos descendientes legítimos no tienen, en principio, derecho á legítima en la sucesión de su abuelo natural, no suceden nunca por derecho propio. El artículo 843 les concede legítima en caso de muerte de su padre por derecho de representación. Los derechos del hijo natural son los que se transmiten á sus descendientes legítimos; luego éstos, sea cualquiera su número, adquieren entre todos el derecho de aquél; luego todos los hijos legítimos del hijo natural reunidos, reciben la porción que como legítima hubiera recibido su padre, si hubiera llegado á sobrevivir al testador.

Concediendo el derecho no sólo á los hijos, sino á los descendientes legítimos en general, los más próximos excluyen á los más remotos, salvo el derecho de representación.

Aunque el hijo natural sobreviva á su padre ó madre, puede ser indigno ó haber sido desheredado. En tales casos estimamos que también deben representarle sus descendientes legítimos, pues aun cuando el art. 843 no habla de esto, puede considerarse procedente relacionando este artículo con los 761, 857 y 929.

Si el hijo natural ó el legitimado repudian la herencia, sus descendientes legítimos ni pueden representar á su padre, ni alegar derecho propio en la sucesión del abuelo.

II.—CUOTA FORZOSA DE LOS HIJOS NATURALES RECONOCIDOS Y DE LOS LEGITIMADOS POR CONCESIÓN REAL

Los derechos de los expresados hijos, ó en representación de alguno de ellos, los de sus descendientes legítimos, son distintos según que concurran á la herencia de su padre ó madre con descendientes legítimos del causante, con ascendientes legítimos, ó con otras personas.

Expondremos los distintos casos, empezando por el más sencillo:

1.º *Primer caso: Legítima de los hijos naturales cuando no existen descendientes ni ascendientes legítimos.*—En concurrencia con el cónyuge viudo, hermanos ú otros parientes del padre natural, ó en general, siempre que el testador no deje descendientes, ni ascendientes legítimos, como dice el art. 842, la legítima en dominio de los hijos naturales será un tercio de la herencia.

Este caso no ofrece dificultad alguna, aunque se complique por la concurrencia del viudo. Así, siendo el caudal 2.400, la legítima de los hijos naturales será 800, y la legítima del viudo, la mitad de dicho caudal, ó sean 1.200 en usufructo, pudiendo disponer libremente el testador de la nuda propiedad de estas 1.200, y de 400 más en pleno dominio.

La dificultad puede sobrevenir cuando la persona que fallece sin descendientes ni ascendientes legítimos y con descendientes naturales, sea á su vez hijo natural, y vivan el padre ó la madre que le reconoció, esto es, cuando á la sucesión concurran un hijo natural, el cónyuge y el padre natural. Desde luego este hecho no altera la legítima de los hijos naturales, ni la del cónyuge, puesto que el padre natural es persona distinta de los ascendientes y descendientes legítimos, y siempre que éstos falten, la legítima del cónyuge es una mitad, y la de los hijos naturales es un tercio. Pero el padre natural, ¿tendrá derecho á legítima? Y si la tiene, ¿cuál será su cuota legitimaria?

No hay texto expreso que decida esta facultad. Los arts. 807 y 846 conceden legítima al padre natural, mas no aclaran en qué

casos les corresponde, ni á cuánto asciende la cuota. Por analogía con las reglas establecidas en el Código respecto á la familia legítima, puede sostenerse que así como los padres legítimos no son herederos forzosos cuando existen descendientes legítimos (art. 807), del mismo modo los padres naturales no tienen derecho á legítima cuando quedan hijos naturales Esta conclusión se halla robustecida por el art. 944, el cual sólo llama al padre natural á la sucesión intestada de su hijo, cuando éste no deja posteridad legítima ó natural reconocida por él, por lo que, siendo la ley la que defiere la legítima y la ley la que defiere la sucesión intestada, debe deducirse que la doctrina del art. 944, es aplicable también á la sucesión testamentaria, y, por tanto, que habiendo hijos naturales, no goza de derecho á la legítima el padre natural.

2.° *Legítima de los hijos naturales en concurrencia con ascendientes legítimos.*—Fija esta legítima el art. 841 en la mitad de la parte de herencia de libre disposición. Como la legítima de los ascendientes es la mitad del caudal con arreglo al art. 809, queda al causante en tal caso otra mitad de libre disposición. La mitad de esta mitad, ó sea la cuarta parte de la herencia, constituye, pues, la legítima de los hijos naturales cuando concurren con ascendientes legítimos.

En tal caso, tres cuartas partes de la herencia se destinan ya á legítima por el legislador, quedando sólo una cuarta parte de libre disposición. Mas la legítima del cónyuge cuando concurre con ascendientes, es un tercio del caudal, tercio que ya no cabe con absoluta independencia, y una parte del cual ha de pugnar con el derecho del hijo natural. El art. 841 prevé este caso, que, como después veremos, pasó desapercibido en el 840, aunque también en éste puede presentarse. Concurriendo el viudo con ascendientes legítimos é hijos naturales reconocidos, se adjudicará á éstos, sólo en nuda propiedad hasta el fallecimiento del viudo, lo que les falte para completar su legítima, ó lo que es igual, lo que le falte al viudo gravará una parte de la legítima de los hijos naturales.

Para hacer esto más comprensible, reduciremos las cuotas á un común denominador. Dividida la herencia en doce partes, la mitad, ó sean seis dozavas partes, forma la legítima de los ascendientes, y la cuarta parte, ó sean tres dozavas partes, constituye la legítima de los hijos naturales Quedan otras tres dozavas partes en la herencia; mas la legítima del cónyuge viudo es un tercio ó cuatro dozavas partes: gravará desde luego las tres dozavas partes de libre disposición, pero ha de gravarse también una dozava parte de las tres que forman la legítima del hijo natural para que los derechos de éste y los del cónyuge sean compatibles. Los hijos naturales recibirán, pues, dos terceras partes de su cuota, ó dos dozavas partes del total de la herencia en pleno dominio, y la tercera parte restante en nuda propiedad.

3.° *Legítima del hijo natural en concurrencia con descendientes legítimos.*—En los arts. 808, 809, 841 y 842 la ley señala una cuota determinada para la entidad descendientes, ascendientes ó hijos naturales, y esa cuota se divide luego con igualdad entre los diversos partícipes. En el art. 840 no se señala una cuota divisible entre los hijos naturales, sino que se determina la porción correspondiente á *cada uno* de esos hijos, que es siempre la mitad de lo que corresponde percibir por su legítima á *cada uno* de los hijos legítimos.

El objeto de la ley no puede ser más evidente: no quiere consentir que en caso alguno sea la legítima de un hijo natural mayor ni aun igual á la de un hijo legítimo; por exigencia legal, como herederos forzosos, nunca percibirán más que la *mitad*. Este es el primer límite de la legítima de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos.

Pero necesariamente, y dado el sistema del Código, se impone otro límite á esa legítima. Las dos terceras partes de la herencia constituyen la legítima forzosa ó libre, la legítima larga de los hijos legítimos; luego para los hijos naturales sólo queda la tercera parte restante: el tercio llamado del libre disposición, que en este caso no es libre, y aun de él han de sacarse previa-

mente los gastos de entierro y funeral. La suma de las legítimas de cada uno de los hijos naturales puede absorber ese tercio con la expresada deducción, pero nunca exceder de él. Y como habrá casos en los cuales esa suma será mayor que el tercio, en ellos la legítima forzosamente será menor de la que en principio señala el art. 840.

En efecto: los hijos legítimos absorben dos tercios del caudal; para los hijos naturales sólo puede quedar el otro tercio mermado, ó sea una mitad próximamente del haber de los hijos legítimos. Mientras el número de los hijos legítimos sea igual al número de los hijos naturales, éstos podrán recibir aproximadamente su parte, puesto que la legítima de uno de éstos es la mitad de la legítima de uno de aquéllos. Pero en cuanto el número de hijos naturales sea mayor que el número de hijos legítimos, la cuota de la ley se hace imposible. A pesar del deseo del legislador, siempre resulta que *entre todos* los hijos naturales sólo pueden tomar la mitad de la porción correspondiente á *todos* los hijos legítimos. Esta consecuencia la ha previsto el legislador, como lo prueban las palabras «*siempre que quepa dentro del tercio libre*».

Vuelve á hablar el art. 840 de hijos *no mejorados* como en el 834, y aun cuando no dice que se regule la cuota de los hijos naturales por la que corresponda como *legítima* á los hijos legítimos, es claro que á esa cuota se refiere, porque ella es la única que les corresponde con arreglo á la ley, porque la base 16 así lo determina, y porque los hijos legítimos, habiendo hijos naturales, no recibirán de ordinario parte alguna del tercio libre; mas aunque la reciban, su parte en ese tercio debe siempre ser excluída, porque no forma parte de la cuota que *les corresponde*, sino que la toman con igual derecho que un extraño.

Habla el art. 840 de hijos ó *descendientes* legítimos, y forzoso es confesar que se halla en esta parte mejor redactado que el 834. Cuando el testador, dice, deje hijos ó descendientes legítimos ó hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho á la mitad de la cuota que corresponda á

cada uno de los legítimos. El último *cada uno*, pudiera referirse cuando sólo quedan nietos legítimos á cada uno de estos descendientes; pero no es eso lo que dice la ley. «Cada uno de *los hijos* naturales tendrá derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno *de los* (se sobreentiende *hijos*) legítimos.» Como los nietos heredan por derecho de representación, su cuota no puede servir de base por su posible variabilidad, y siempre ha de calcularse la legítima de *los hijos* naturales por la de *los hijos* legítimos. Lo que la ley quiere decir es que la cuota del hijo natural es siempre la misma, ya concurra sólo con hijos, sólo con nietos, ó con hijos y nietos.

El segundo párrafo del art. 840, cuya doctrina nos parece clara y acertada, consigna un derecho de los hijos ó de los nietos, en suma, de los descendientes legítimos A éstos corresponde la elección. Claro es, sin embargo, que si la cuota no se paga en metálico, los bienes que se adjudiquen han de ser estimados en justicia, han de ser equivalentes á la cuota, según justa regulación, como dice el artículo. Por falta de amigable acuerdo, puede procederse á la estimación pericial de todos los bienes, y en último término, resolverán los Tribunales.

Por lo demás, el objeto de la ley en ese párrafo es evidente. Evitar desavenencias y cuestiones entre los hijos legítimos y los hijos naturales con motivo de la partición de la herencia, ó de la proindivisión de los bienes, que en muchos casos se impondría entre unos y otros herederos.

III.—Gastos de entierro y funeral.

Dispone el art. 840, que antes de pagar su legítima á los hijos naturales reconocidos, se deduzcan del tercio libre los gastos de entierro y funeral. ¿Es esta una regla especial para el sólo caso de existir hijos naturales con derecho á legítima, ó es la aplicación á este caso determinado de una regla general que se supone conocida?

La ley 30, tít. 13, Partida 5.ª, disponía que dichos gastos

fuesen pagados con preferencia á las deudas que el difunto hubiera contraído durante su vida.

La ley 30 de Toro, sin negar dicha preferencia, ordenó que los gastos de entierro y funeral se sacasen, como las otras mandas graciosas del testador, del quinto de su hacienda, y no del cuerpo general de bienes, aunque el testador dispusiere lo contrario.

La mayoría de los comentaristas del Código creen que, con arreglo á éste, los gastos de entierro y funeral deben deducirse, antes de fijar las legítimas, del cuerpo general de bienes, y que sólo en el caso de quedar hijos naturales con descendientes legítimos, tal vez en odio hacía aquéllos y por mísero regateo de su porción legítima, se deducen por excepción del tercio libre. Para esta idea sirve principalmente de fundamento el precepto de los arts. 902 y 903, que facultan á los albaceas para pagar esos gastos en seguida, antes de practicarse la partición ni de conocerse el importe de cada tercio, disponiendo al efecto del metálico que haya en la herencia ó del que apronten los herederos, ó procediendo en su defecto á la venta de otros bienes hereditarios. Añaden que el art. 1894, al disponer que los gastos funerarios sean satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en su vida habrían tenido la obligación de alimentarle, indica que se trata de un crédito privilegiado contra los bienes del difunto. Por último, se fundan en el art 818 y aun en el mismo art. 840. En el 818, porque ordena que para fijar la legítima se atienda á los bienes existentes con deducción de las deudas y cargas en general, y por tanto, con deducción de los gastos expresados, que son desde luego cargas ó deudas de la herencia. En el 840, porque un precepto especial para el caso de concurrir hijos naturales con hijos legítimos, supone que el precepto general es distinto, pues si fuese idéntico, su expresión carecería de razón de ser.

Sentimos separarnos del parecer de la mayoría de los comentaristas, y creemos con ello realizar una obra de justicia con los autores del Código. Ni puede culpárseles de haber desatendido

deudas sagradas, cuales son las motivadas por los últimos piadosos deberes que hay que llenar con el sér que dejó de existir, ni es justo pensar que establecieron una excepción sólo por no ser lógicos y por perjudicar á los hijos naturales.

El art. 1894 y los 902 y 903 prueban el cuidado que el legislador puso en que los gastos de entierro y funeral fuesen satisfechos con la puntualidad y preferencia que el caso merecía. *Siempre*, aun no habiendo bienes hereditarios; *inmediatamente*, aunque haya que vender; *con antelación* á otros créditos, deben pagarse los gastos de entierro y funeral y los de la última enfermedad del difunto. Y no prueban otra cosa esos artículos; prueban que esos gastos son un crédito preferente contra la herencia, pero no que sean un crédito contra las legítimas.

¿De dónde se deducen? El art. 818 lo dá á entender con toda claridad. Para conocer los bienes que quedan, el activo, y las deudas y cargas que existen *contra el difunto*, el pasivo, se atiende á la época del fallecimiento. En esa época existirían los gastos de su última enfermedad; pero no los gastos de entierro y funeral, que son posteriores. De ordinario estos gastos resultan impuestos en el testamento, son deudas testamentarias y no hereditarias; pero aunque así no ocurra ó aunque así no quiera ser admitido, las legítimas han de fijarse antes de deducir esos gastos, porque no son deudas que existiesen al fallecer el testador. Es claro que esa carga no ha de gravar la legítima, porque la legítima no admite gravamen: ¿sobre qué porción gravará entonces? Es evidente que sobre la porción libre. Esto es racional y lógico, y ordinariamente no ofrece dificultad alguna. Si el albacea vende bienes ó extrae metálico de la herencia, ó se lo facilitan para pagar los gastos de entierro y funeral, antes de realizarse la partición y aun antes de conocerse el importe de la porción forzosa en cada caso y de la porción libre, esto no altera la esencia de la cuestión. Se paga antes, pero el importe se carga en su día á la parte libre: esto es todo.

Pero al concurrir descendientes legítimos con descendientes naturales se presentaba una verdadera dificultad. Si la legítima

de los primeros son dos tercios, y la de los segundos hubiera de ser el tercio restante, no existiría en realidad porción libre: ¿de dónde sacar entonces los gastos de entierro y funeral? Preciso era dar una solución, aunque la mayoría de los comentaristas crean lo contrario, y se dió en esta forma: Legítima de los descendientes legítimos, dos tercios; del tercio restante se deducen en este caso, como en todos los casos normales, los repetidos gastos y lo que quede eso es lo que constituye únicamente el fondo de donde ha de sacarse la legítima del hijo natural. No es que esta legítima se grave, no; es que el máximum para esa legítima es la diferencia entre el tercio libre y el importe de los gastos de entierro y funeral. No es que en odio á los hijos naturales se establezca cuando ellos concurran una absurda é irritante excepción, considerándoles de peor condición que á extraños; es que, aun concurriendo, ha creído el legislador que no debía alterarse la regla general.

Discútase en buen hora si sería más justo que todos los herederos forzosos sobrellevaran proporcionalmente ese gravamen, deduciéndose esos gastos antes de fijar las legítimas, mas no se diga que el legislador falta á la lógica, y que sólo cuando existen hijos naturales establece para perjudicarles una excepción á su principio ó regla general. No se diga que sobre los hijos naturales pesa exclusivamente el deber de enterrar á su padre y encomendar á Dios su alma. La legítima del hijo natural, repetimos, no es el tercio íntegro; sólo tiene derecho, como máximum, á la diferencia entre el tercio libre y el importe de los gastos de entierro y funeral, y no perteneciéndole este importe, nadie le encomienda el deber de costear tales gastos.

Ahora bien: el entierro y el funeral del causante han de ser proporcionados á la calidad de la persona y á los usos de la localidad. Así lo dicta la razón, y así muestra su criterio el legislador en el art. 1894. El importe normal de esos gastos, aun incluyendo cierto número de misas, según costumbre, no es exagerado. Si el testador dispone en su testamento algo anormal ó extraordinario, ya sabemos que sólo podrá válidamente orde-

narlo cuando no constituye un gravamen para las legítimas; sus descendientes podrán cumplirlo, si quieren, en otro caso. Y si los descendientes legítimos disponen gastos extraordinarios de traslación, embalsamamientos, limosnas, misas, etc., ellos deberán sufragar esos gastos de lo suyo, sin mermar por ello la legítima que la ley asigna al hijo natural.

IV.—Aplicación del artículo 840.

Para fijar las ideas expuestas, consignaremos algunos ejemplos, en los que siempre estimamos el capital en 30.000 pesetas, y los gastos de entierro y funeral en 1.000.

a) *Un hijo legítimo y un hijo natural:*

Porción del hijo legítimo, dos tercios..	20.000	
Tercio libre........................	10.000	
		30.000
Se deducen del tercio libre por gastos de entierro y funeral..............	1.000	
Quedando para el hijo natural por su legítima.........................	9.000	

Aunque le corresponderían de derecho 10.000, no hay caudal bastante para ello.

Siempre que sea igual el número de hijos legítimos que el de hijos naturales, ocurrirá lo mismo. Los dos tercios se dividirán entre los hijos legítimos, y las 9.000 pesetas entre los hijos naturales, faltando sólo para completar la cuotas de éstos en conjunto el importe de los gastos de entierro y funeral:

b) *Dos hijos legítimos y uno natural:*

Caudal....................................		30.000
Hijo legítimo A.........................	10.000	
Hijo legítimo B.....	10.000	
Gastos de entierro y funeral...........	1.000	
		21.000
Queda del tercio libre........................		9.000

Corresponde al hijo natural la mitad de la cuota de uno de los legítimos, ó sean 5.000 pesetas, que se toman de las 9.000 sobrantes del tercio libre, quedando 4.000 para legados, etc.

Si los hijos legítimos son tres, la porción del hijo natural será 3.333,33; si cuatro 2.500; si cinco, 2.000, etc., habiendo, siempre que el número de hijos naturales sea menor que el de los legítimos, un sobrante disponible.

c) *Un hijo legítimo y varios naturales:*

Porción que correspondería en principio á cada hijo natural.	10.000
Porción que en realidad queda para todos ellos	9.000

Cuya cantidad hay que dividirla con igualdad entre el número de hijos naturales por no haber más caudal, tocando á cada uno 4.500 si son dos; 3.000, si son tres; 2.250, si son cuatro, etc.

d) *Con mejora expresa.*

Si el testador ha dispuesto expresamente para mejoras de todo el tercio destinado á ese fin, no hay más que considerar como duplicado el número de hijos legítimos para que el resultado sea idéntico, ya que su legítima queda reducida á la mitad.

Si el testador dispuso solamente de una parte de ese tercio, el resto se agrega al tercio de la legítima estricta, y la suma se divide por el número de hijos legítimos. Corresponde á cada hijo natural la mitad de la cuota que en esa división haya correspondido á cada hijo legítimo; pero si el tercio libre, deducidos los gastos de entierro y funeral, no alcanza á tanto, basta, para conocer la cuota de cada uno de aquéllos, dividir con igualdad entre todos el sobrante de ese tercio, ó el tercio con la expresada deducción.

e) *Concurrencia de cónyuge viudo.*

La concurrencia del cónyuge supérstite no influye en la legítima del hijo natural en los casos normales en que debe gravar

el tercio de mejora. Pero cuando, por concurrir hijos de dos ó más matrimonios, haya de recaer la legítima del viudo sobre el tercio libre, puede crearse un conflicto entre el derecho del cónyuge y el de los hijos naturales, pues no es posible que éstos reciban el tercio libre en pleno dominio, y que el cónyuge tenga el usufructo de todo ese tercio ó de una parte del mismo. Este conflicto sería un caso excepcionalísimo, si respetándose íntegramente en el Código la base 16, hubiera de estimarse la legítima de los descendientes legítimos siempre en un tercio, porque así todas las cuotas sufrirían reducción; pero considerándose la legítima dos tercios y duplicándose con ello todas las cuotas, el conflicto reviste una importancia extraordinaria y no resulta previsto por el legislador en el art. 840, no obstante que pensó que podía presentarse en algún caso, como lo prueba el 841.

Por analogía con lo dispuesto en el artículo citado 841, creemos que en tales casos, la porción que no puedan recibir los hijos naturales en pleno dominio, habrá de corresponderles sólo en nuda propiedad, prefiriendo el derecho limitado del viudo al más extenso de los hijos naturales, ya que el de aquél puede dejar á salvo el de éstos aunque lo limite; mas la preferencia del derecho del hijo anularía por completo la legítima del cónyuge.

Sostiénese por algún comentarista otra solución: la de que se reduzcan proporcionalmente el usufructo del viudo y la cuota del hijo natural. Esto sería lo más equitativo y procedente, si se tratara de derechos de igual naturaleza. Además, el aludido comentarista no explana con perfecta claridad su idea, ni la operación es sencilla, ni conocemos su verdadero resultado, y como no tiene apoyo alguno en la ley, no nos parece aceptable esa solución.

Insistimos, pues, en la indicada anteriormente, por analogía con lo que dispone el art. 841. Deben coexistir ambas legítimas en cuanto á todo el importe de la cuota, no reduciéndose numéricamente ninguna de ellas, pero quedando gravada la de los hijos naturales con la carga temporal del usufructo. La prefe-

rencia del cónyuge sobre el ascendiente la impone el art. 841, y la impone por la naturaleza especial del derecho del viudo. Pues por virtud de esa misma naturaleza y de ese mismo criterio, debe estimarse preferente el derecho del viudo al del hijo natural.

Robustece esta solución el mismo art. 840, que al conceder legítima al hijo natural, expresa que ha de ser *en cuanto quepa* en el tercio libre: limitación que no se encuentra en la concesión de la legítima del viudo.

Debemos añadir en esta tercera edición una declaración importante del Tribunal de lo Contencioso-administrativo en su sentencia de 30 de Diciembre de 1899. Los hijos naturales legalmente reconocidos no tenían derecho á pensión del Tesoro en el caso de quedar hijos legítimos ó viudas con derecho á pensión. Dicha sentencia reconoce á una hija natural ese derecho, concediéndole la mitad de una pensión sin perjuicio del derecho de la viuda á la mitad restante, y del que en su día pudiesen alegar, si cambiasen de estado las hijas legítimas del causante, fundándose en que el moderno Derecho civil, inspirado en amplio y generoso criterio, otorga á los hijos naturales legalmente reconocidos, prerrogativas de naturaleza tal, que en cuanto se refiere á la patria potestad y á las relaciones de filiación derivadas de ella, los equipara en cierto modo á los legítimos, autorizándoles para llevar el apellido de sus padres, concediéndoles la facultad de exigir alimentos de ellos, llamándoles á la herencia en la sucesión intestada, con preferencia á los parientes colaterales y á la viuda, y reconociéndoles derecho á percibir en la sucesión testamentaria con el carácter de herederos forzosos, una cuota equivalente á la mitad de la que corresponda á cada uno de los hijos legítimos no mejorados, ó á la tercera parte del caudal relicto cuando no concurran aquéllos.

En otra sentencia del mismo Tribunal, fecha 11 y 12 de Marzo de 1904, y fundada sólo en la equidad, se concede pensión del Tesoro á dos hijas legitimadas, dejando la pensión del Montepío en beneficio de la hija legítima que había optado por dicha pensión.

V.— Derecho transitorio

Los derechos concedidos por primera vez en el Código á los hijos naturales reconocidos y á los legitimados por concesión Real, como de carácter sucesorio, no nacen hasta el día de la muerte del causante, por lo que basta atender á la fecha del fallecimiento, aplicando la regla 12 transitoria, en relación con la 1.ª

En concurrencia con ascendientes ú otras personas que no sean descendientes legítimos, el Código ha limitado los derechos de los hijos legitimados, y los de los mismos hijos naturales con relación á la herencia de su madre. La sentencia de 8 de Noviembre de 1893, dictada para los primeros, pero también aplicable á los segundos, sienta la doctrina siguiente: Según las leyes 4.ª y 9.ª del tít. 14, Partida 4.ª, los hijos legitimados por gracia del Rey tenían derecho á la herencia de sus padres, cuando no concurriesen descendientes legítimos, en igual cuota que éstos. Para el ejercicio de este derecho no obsta el que, abierta la sucesión después de regir el Código, dispongan los arts. 844 y 837 que dichos hijos sean equiparados á los naturales, y que el viudo, en concurrencia con ellos y no habiendo ascendientes, reciba la mitad de la herencia en usufructo, porque si la legitimación se llevó á efecto antes de la publicación de dicho Código, la aplicación de esas prescripciones derogatorias de la antigua legislación, respecto á los derechos hereditarios de tales hijos, implicaría el desconocimiento de la condición y capacidad jurídica, que les correspondería con arreglo á las citadas leyes de Partida; y no pueden tener efecto retroactivo conforme á las reglas 1.ª y 4.ª transitorias, toda vez que el hecho generador del derecho se realiza con la legitimación, y por lo tanto, su derecho á la condición de hijos legítimos arranca de la legislación precedente al Código, y los que éste declara por primera vez á favor del cónyuge en concurrencia con hijos naturales, legitimados ó legítimos, sólo son estimables en cuanto no perjudiquen otro derecho legítimamente adquirido por leyes anteriores.

ARTÍCULO 845

Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales sólo tendrán derecho á los alimentos.

La obligación del que haya de prestarlos se transmitirá á sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen á la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad.

En el art. 845 se comprenden todos los hijos ilegítimos no reconocidos ni legitimados por concesión Real, y por tanto, no sólo los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos que no pueden ser reconocidos, sino también los mismos hijos naturales cuando no hayan obtenido legitimación ni reconocimiento.

Tales hijos no tienen derecho alguno á legítima de la sucesión de sus padres. La ley sólo les reconoce derecho á alimentos.

«¿Por qué, pregunta Alonso Martínez, no seguir un sistema armónico, transformando también en una legítima mayor ó menor el crédito alimenticio del hijo adulterino, incestuoso ó sacrílego? No desconozco el valor lógico de esta objeción, una vez establecido el principio de que la obligación de los alimentos es personal y expira con la muerte del obligado. Pero ya he indicado en otra parte de este libro que el derecho á los alimentos y la legítima son dos formas distintas de un solo é idéntico deber: el de la *mutua asistencia* entre padres é hijos; y por consiguiente, no hay dificultad alguna en que por altas consideraciones se estime preferible al establecimiento de una legítima la obligación de los alimentos por parte del heredero durante cierto plazo. Tiene aquélla por su naturaleza carácter de perpetuidad, mientras que ésta es un gravamen ó carga *temporal:* parece revelar la primera en los hijos un derecho perfecto anejo á su nacimiento, mientras que la segunda tiene el aire de un acto de mera humanidad. Realmente y puesto que el *deber de la asistencia* lo mismo se satisface en una forma que en otra, ¿por qué se ha de privar al legislador de la libertad de combinarlas como mejor le parezca?»

El art. 845 es en primer término una llamada á otras disposiciones del Código; un recuerdo á los derechos de los hijos ilegítimos; una confirmación de que nada más que alimentos pueden reclamar. La cuestión es, pues, casi extraña á la materia de sucesión. El padre ilegítimo debía alimentos: esta obligación no se extingue por su muerte; es exigible en su sucesión. *La obligación se transmite á los herederos*. Tal es el principal objeto del art. 845 y la relación que envuelve con la materia de las sucesiones.

Nos referimos al comentario de los arts 143 y 139 al 141, que tratan de los alimentos debidos á los hijos ilegítimos, así como á las ideas generales expuestas al principio de esta sección, y á los precedentes históricos y legislación extranjera en lo que se refiere al particular que nos ocupa.

Ya sabemos que los alimentos sólo son exigibles cuando realmente fueren necesarios y mientras subsista esa necesidad, y que la ley determina las personas á quienes en primer término corresponde esa obligación

A los hijos ilegítimos, no naturales, sólo deben alimentos sus padres, y esto cuando conste su filiación en virtud de un documento indubitado del padre ó de la madre, ó en virtud de sentencia firme. Los padres son, pues, las personas obligadas en primer término; la obligación de los herederos es, digámoslo así, subsidiaria. Si al morir el padre queda la madre, que también reconoció la filiación y tiene medios para alimentar, ella, y no los herederos del padre, será la única obligada. Sólo cuando á la muerte del obligado queden desamparados los hijos por carecer de recursos para su subsistencia y por no haber persona directamente responsable de los alimentos, tendrán esa obligación los herederos.

Se sigue de aquí que si el padre ó la madre, durante su vida ó en su testamento, en el que desde luego pueden reconocer la filiación, han transmitido al hijo bienes suficientes para que pueda alimentarse, los herederos no tendrán que cumplir una obligación ya cumplida.

Pero si el hijo, á la muerte de su padre ó madre, no necesitase alimentos, y después por cualquier circunstancia llegase á carecer de lo necesario, ¿podría reclamar de los herederos el derecho á su subsistencia? Estimamos que en todos los casos en que podía exigir alimentos á sus padres, si viviesen, puede exigirlos á sus herederos mientras sea menor de edad ó esté incapacitado.

En efecto: creemos que la obligación impuesta á los herederos subsiste con la misma extensión, en iguales casos y de la misma manera que la impuesta á los padres; pero tiene por límite, con arreglo al art. 845, la mayor edad del hijo ilegítimo, y en caso de incapacidad, la cesación de ésta. Claro es que también termina la obligación por la muerte del hijo incapacitado ó menor de edad. La ley supone, al fijar ese límite, que el hijo debe haber aprendido al llegar á los veintitrés años alguna profesión, arte ú oficio, con el que pueda proveer á su subsistencia. En todo caso no quiere hacer indefinida la obligación.

Los alimentos han de fijarse teniendo en cuenta principalmente la importancia del caudal. Si no hay bienes, no puede haber obligación, puesto que el mismo padre no la tendría. Si el padre ilegítimo suministraba alimentos, sus sucesores seguirán, á ser posible, la misma costumbre.

No concede el art. 845 derecho real alguno al hijo ilegítimo, como concede al viudo el art. 834, ni afecta bienes determinados al pago de la cuota alimenticia. Se trata sólo de una obligación personal, para cuya efectividad contra los herederos cuenta el acreedor con los mismos medios que los que la ley le concede contra el causante. Pero no hay duda de que la ley impone una carga sobre la herencia, haciendo exigible contra los herederos la deuda alimenticia que tenían los padres, por lo que, como carga, no previamente deducible, pero sí equivalente á las impuestas por el testador en su testamento, y de naturaleza privilegiada por imponerla la ley, gozan los hijos ilegítimos de preferencia sobre los legatarios y demás adquirentes á título gratuito y voluntario.

Si no hay herederos, ni por tanto legitimarios, distribuyéndose toda la herencia en legados, no cabe duda de que la conclusión es la misma. Hay una carga forzosa en la sucesión, y ya se estime así, ó como una obligación aun no acabada de cumplir por el causante que pueden exigir los acreedores, por facultarles para ello la ley, el derecho de los hijos es preferente. Los legatarios tendrán que cumplir la carga ó la obligación suministrando los alimentos ó cediendo bienes para ello, ó tendrán que renunciar.

El heredero que renuncia la herencia es evidente que no sucede en la obligación de alimentar.

Si la obligación de dar alimentos al hijo ilegítimo se transmite de los primeros herederos á otros posteriores. —Hasta la mayor edad ó la cesación de la incapacidad, la obligación de alimentar á los hijos ilegítimos debe subsistir, según el art. 845, y, por tanto, dentro de esos límites, mientras vivan los hijos y necesiten los alimentos, han de suministrárselos lo mismo los herederos inmediatos del causante obligado que los que á dichos herederos sucedan.

No creíamos que pudiera entenderse de distinta manera el precepto del art. 845. Un comentarista sostiene, sin embargo, que si el heredero de la persona obligada á prestar los alimentos fallece antes que el hijo ilegítimo haya alcanzado la mayor edad, ó recuperado su capacidad de derecho, se extingue con él la obligación de alimentar.

Para esta interpretación, tan amarga y desconsoladora, el primer fundamento que se cita es el tenor literal del mismo artículo, afirmando que no admite otra interpretación. Después se habla del art. 781, que es opuesto á que las sustituciones fideicomisarias y todo derecho ú obligación análogos pueda pasar del segundo grado, siendo absurdo creer que el legislador pensase en fundar una especie de vinculación personal transmisible de heredero en heredero, añadiéndose que puede pasar el que la obligación se transmita del padre á un hijo, aunque esto merezca también acerbas censuras, pero que no se ve racional que se im-

ponga á un tercero la obligación de proporcionar alimentos á hijos procedentes del adulterio ó del incesto de una persona extraña. Más tarde se afirma que el heredero en segundo llamamiento sucede en las obligaciones de su próximo causante, pero en manera alguna en las que contrajera este último de su antecesor en el llamamiento. Por último, se invoca el espíritu del artículo 845 como contrario á la transmisión.

En el fondo sólo palpita la desconfianza en el legislador, la obcecación en no ver, para probar cuán mal trata el Código á los hijos ilegítimos, contentándoles con ilusiones irrealizables. Seremos breves para refutar las ideas expuestas.

A) La letra del artículo. ¿Qué dice el artículo? Creemos que se expresa con harta claridad: «La obligación del que haya de prestar los alimentos (sea quien fuere el obligado), *se transmitirá* á sus herederos (descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales ó extraños, á toda clase de herederos), *hasta* que los hijos lleguen á la mayor edad ó *hasta* que cese su incapacidad.» ¿Qué es esto? Ante todo, una regla: la obligación de alimentos no se extingue con la persona obligada á prestarlos, sino que pasa á sus herederos; no es personalísima; es sólo una obligación personal como otra cualquiera de las que se impuso el causante, ó de las que al causante impuso la ley. Es después un límite en la aplicación de esa regla: la obligación de los herederos cesa al llegar los hijos ilegítimos á la mayor edad, ó al dejar de ser incapaces. Mientras la incapacidad no desaparezca ó aquella mayor edad no llegue, la obligación subsiste. ¿Sólo en el primer heredero? ¿Por qué? ¿No sería esto fijar otra limitación que no se halla en la ley? Hay límite en cuanto á la persona del acreedor; no le hay respecto al deudor; la obligación subsiste *hasta* la mayor edad ó la cesación de la incapacidad del necesitado. La letra del artículo no sólo no se opone á la transmisibilidad de la obligación de uno á otro heredero, sino que la supone si esa obligación ha de subsistir el tiempo que terminantemente quiere la ley que subsista.

B) El art. 781 y el absurdo que resultaría. Hablar del esta-

blecimiento de una especie de vinculación nada menos, cuando sólo se concede un derecho temporal limitadísimo durante la menor edad de una persona ó durante su incapacidad, es hasta incomprensible. En todo caso, si la ley la estableciese, habría que cumplir su precepto. No se ve, por tanto, aquí fundamento alguno que merezca examen.

Pasemos por alto lo de ser absurdo que se imponga á un extraño la obligación de alimentar. El hecho es que se impone. Más aún se criticaría al Código, y verdaderos culpables se considerarían sus autores si no hubiesen declarado en favor de los hijos ilegítimos la transmisibilidad de la obligación. Mas ¿por qué ha de ser absurdo que el que hereda los bienes de una persona, tanto más gratuitamente cuanto más extraño sea, cumpla sus obligaciones ó detraiga una parte de la renta de esos bienes para alimentar á seres inocentes que con la vida recibieron del dueño de dichos bienes el derecho á su subsistencia?

C) Se dice que el heredero sólo sucede en las obligaciones de su próximo causante, no en las de otro causante anterior. Esto no siempre es cierto: cada heredero sucede en las obligaciones de su causante; si ese heredero no llega á cumplirlas, transmite al morir la obligación que recibió de su antecesor ó hizo suya. El primer heredero contrae el deber de alimentar; si muere cuando aun no ha terminado de cumplir ese deber, lo transmite á su vez á sus herederos, que si no suceden al primer causante, suceden en las obligaciones que tenía el segundo, y, por tanto, en la de alimentar.

Sabemos que son fuentes de las obligaciones lo mismo la ley que la voluntad. A. se obliga á satisfacer á B. una renta ó pensión, durante su vida, á cambio de la cesión de determinados bienes. A. muere, y su heredero C. ha de seguir pagando la renta vitalicia. Pero C. muere al año, y aun vive B. El heredero de C., ¿sucederá en la obligación? La pregunta sería bien cándida. La obligación subsiste mientras viva B. aunque se encadenen muchos herederos de A. hasta la muerte de B., y sin que á nadie pueda ocurrírsele que A. pensó en fundar una vinculación.

Pues este es el caso del art. 845, sin más diferencia que la de establecerse la obligación por la ley y no por la voluntad del causante. Si se admite que al padre ilegítimo A. sucede su hermano C. en la obligación de alimentar al hijo adulterino B., el obligado según la ley al morir A., ya no es A., es C. Ahora vuélvase á leer el art. 845: la obligación del que debe en tal caso prestar los alimentos, ó sea de C., se transmite á sus herederos. La consecuencia es siempre la misma.

D) El espíritu de la ley. Este no puede ser más amplio: asegurar la subsistencia del hijo ilegítimo hasta que llegue á la mayor edad, evitar que quede desamparado y sin auxilio á la muerte de sus padres, mientras lo necesite. ¿Debe deducirse de este espíritu que si el heredero del padre muere un día, un mes ó un año después que su causante, el hijo ilegítimo debe quedar abandonado, ó quiere la ley que se desampare? Lógico es suponer lo contrario. Dado el paso más importante, la ley no se detiene en el primer escalón, no retrocede ante el primer obstáculo: quiere que se cumpla su fin.

ARTÍCULO 846

El derecho de sucesión que la ley da á los hijos naturales pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre ó madre naturales.

Tenemos á la vista uno de los artículos de más difícil interpretación dentro del Código, si hubiera de respetarse íntegramente su texto. La dificultad arranca de la oscura redacción del precepto. Sin embargo, como no cabe más que una interpretación racional, esa tiene que ser la admitida.

Ya no se trata de la sucesión por muerte del padre natural, á la que se refieren los arts. 840 al 844, sino de la sucesión por muerte del hijo natural. Esto es evidente, porque el padre ó la madre naturales no podrían reclamar legítima siendo ellos los fallecidos ó en su propia sucesión.

Pero, ¿cuándo tiene el padre natural derecho á legítima? ¿Cuál es la cuota legitimaria que le corresponde?

El derecho de sucesión, dice el art. 846, *que la ley da á los hijos naturales.*—El derecho que la ley da al hijo natural legalmente reconocido es la legítima. La legítima, pues, concedida al hijo, *pertenece por reciprocidad,* esto es, se concede también por reciprocidad, al padre ó madre naturales; pues siendo uno de los principios en materia de sucesión la reciprocidad, es justo ó es al menos lógico, que así como el hijo hereda á los padres, los padres hereden al hijo. Hasta aquí sólo existe la enunciación de un principio: el padre y la madre juntos, ó el padre ó la madre naturales aisladamente, si uno solo de ellos legitimó ó reconoció al hijo, tienen derecho á legítima. Este principio fué ya consagrado en el núm. 3.º del art. 807.

Pero, ¿cuándo tienen derecho á legítima? ¿Cuál es su cuota? El art. 846 sólo añade una frase: *en los mismos casos.* ¿Qué casos son éstos? ¿El padre heredar al hijo en los mismos casos que hereda el hijo al padre? Pero es que el hijo puede heredar en concurrencia con descendientes legítimos, en concurrencia con ascendientes legítimos, y en concurrencia con otras personas distintas. ¿Es posible aplicar esos casos á la legítima del padre natural?

Las leyes 8.ª y 9.ª, tít. 13, Partida 6.ª, concedían al hijo natural la sexta parte de la herencia intestada de su padre, aun concurriendo viuda, á falta de hijos ó descendientes legítimos. Viceversa, el padre heredaba al hijo natural en una sexta parte, de la misma manera ó en los mismos términos y casos que dicho hijo heredaba á su padre. Aquí la cuestión era más clara. En la sucesión del hijo natural su padre tenía derecho á una sexta parte, aun en concurrencia con el cónyuge viudo; pero sólo á falta de hijos ó descendientes legítimos.

¿Es esto lo que quiere decir el art. 846? Existe una grave dificultad. Muerto el hijo natural con descendientes legítimos, nada hereda el padre; muerto sin descendientes, el padre natural tiene derecho á legítima, pero no se expresa su cuota. En las Partidas la cuota era siempre una, y no podía promoverse esta cuestión. El art. 846 no fija una cuota única; antes al con-

trario, las palabras *en los mismos casos,* parecen indicar que la cuota varía, como varía la del hijo, según que concurra con descendientes, ascendientes ú otras personas. Y esto, ¿es posible según el Código?

En concurrencia *con hijos ó descendientes legítimos,* no pueden tener derecho á legítima el padre ó madre naturales. El art. 807 no autoriza esta interpretación, ni es posible admitir que la ley conceda al padre ó madre naturales un derecho que niega al padre ó madre legítimos. La línea recta descendente excluye, en materia de sucesión, á la ascendente. La concesión, por tanto, sería posible; pero resultaría absurda.

La concurrencia *con ascendientes legítimos* no es siquiera posible. El hijo natural no puede tener más que ascendientes naturales.

Cuando el hijo natural deja á su vez hijos naturales, éstos son los legitimarios en concurrencia con el cónyuge ó con los descendientes legítimos, en su caso, ó con ambos; pero no en concurrencia con los padres naturales, que en este caso serían abuelos ilegítimos de los herederos. Si hay algún artículo que pueda servir para ayudar á la interpretación del 846, es indudablemente el 944. Ahora bien: éste sólo llama á los padres á la sucesión del hijo natural cuando éste no deja descendientes legítimos *ni naturales*. En esto ya nos ocupamos al comentar el artículo 842. Es lo lógico y lo natural. En la familia ilegítima, como en la legítima, la línea recta descendente, limitada como quiere la ley, excluye á la línea recta ascendente, limitada á los padres.

Sólo queda un supuesto, y ese es el único admisible. El hijo natural no deja descendientes legítimos ni naturales, porque si existiesen, excluirían al padre; no deja tampoco ascendientes legítimos, porque no pueden existir; deja cónyuge, hermanos ú otras personas. Entonces únicamente es cuando los padres naturales tienen derecho á legítima. A falta de descendencia y sea cualquiera quien concurra. A este caso se referían las Partidas, y sólo á ese caso puede referirse el art. 846.

¿Cuál será su cuota? Creemos que un tercio del caudal. Es el caso del art. 842, en sentido recíproco. En la necesidad de fijar una cuota, que no aparece del art. 846, ni de otro alguno, creemos que esa cuota debe ser un tercio, tercio que pertenece al padre ó la madre, al que de ellos reconoció ó legitimó al hijo natural, ó que ha de dividirse con igualdad entre los dos, si ambos le legitimaron ó reconocieron.

Abuelos naturales.—¿Tienen los abuelos derecho á legítima en la sucesión de sus nietos naturales? El art. 807, núm. 3.º, y el que comentamos, se expresan de un modo bien claro y terminante: sólo tienen derecho á legítima *el padre ó la madre,* el vínculo de los abuelos para este efecto no lo reconoce la ley.

Pero el art. 843 concede porción forzosa á los descendientes legítimos del hijo natural en la herencia de *su abuelo,* y siendo un principio en materia de sucesión la reciprocidad, preténdese que en tal caso, hay que reconocer en los abuelos el derecho de heredar á sus nietos.

No podemos aceptar tal opinión. El art. 843, que no dice lo que se pretende en contrario, y del que se intenta sacar tal deducción, carece de fuerza contra el precepto clarísimo y expreso de los artículos 807 y 846, que son los especialmente aplicables á la cuestión. El art. 843 concede á los descendientes legítimos del hijo natural el derecho de representarle, no un derecho propio en la sucesión del abuelo; así es que si el hijo natural renuncia la herencia de su padre ó madre, aquellos descendientes, aun siendo únicos, nada pueden pedir en la herencia de su abuelo natural, y como no suceden nunca por derecho propio, y en la línea ascendente no se da el derecho de representación, el abuelo natural no es nunca legitimario.

En su lugar veremos si debe adoptarse igual solución en la sucesión intestada.

ARTÍCULO 847

Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó de su madre, se imputarán en la legítima.

Si excedieren del tercio de libre disposición, se reducirán en la forma prevenida en los artículos 817 y siguientes.

La doctrina del art. 847 resulta fácil después de explicado el 819, con el que tiene evidente analogía.

El hijo natural es un heredero forzoso. Las donaciones hechas á los herederos forzosos se imputan á su legítima. Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó de su madre, y que procedan de éstos, deben imputarse á su legítima.

Mas su legítima varía, y del mismo modo tiene que variar la imputación. Si concurre con descendientes legítimos, depende del número de éstos. Si concurre con ascendientes legítimos, se imputará á la cuarta parte del caudal. En otro caso se imputará al tercio. Siempre á su legítima: esto es lo que dice, rectamente entendido, el primer párrafo del art. 847.

El segundo apartado produce, sin embargo, alguna confusión. «Si las donaciones excedieren *del tercio de libre disposición,* se reducirán en la forma prevenida en los arts. 817 y siguientes.» Esto no puede ser más que un aspecto de la cuestión. Los artículos 841 y 842 han quedado olvidados. Ciertamente, cuando concurren descendientes legítimos, como la legítima de éstos absorbe dos terceras partes del caudal, hay un tercio que *sería* de libre disposición si no existiesen hijos naturales (ó cónyuge en concurrencia con hijos de dos ó más matrimonios). Como las donaciones hechas por los padres á sus hijos naturales han de imputarse á su legítima, y como esta legítima la reciben los hijos naturales en ese tercio, cuando comprenda dicha legítima todo el tercio, lo que no siempre ocurre, y la donación exceda de él, ha de reducirse ésta por inoficiosa ó por perjudicar la legítima de los hijos legítimos. A este caso parece referirse la segunda parte del artículo.

Mas cuando el hijo natural concurre con ascendientes legítimos, su legítima es una cuarta parte del caudal. Luego si las

donaciones que recibió en vida de sus padres han de imputarse en su legítima, se imputarán á una cuarta parte. En el exceso, si lo hay, el hijo natural, como cualquier otro heredero forzoso, debe ser equiparado á un extraño, y la donación se imputará á la parte libre; con arreglo al art. 819. La donación se reducirá sólo cuando perjudique á las legítimas de los ascendientes ó del cónyuge, ó cuando no quepa en la porción libre.

Cuando tampoco quedan ascendientes legítimos, sólo puede perjudicarse la legítima usufructuaria del cónyuge viudo. La imputación de las donaciones se hará al tercio, que es, en tal caso, la legítima de los hijos naturales, y si aun hubiere exceso no inoficioso, se imputará á la parte libre, siempre sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo.

Esa es, á nuestro juicio, la verdadera doctrina legal. Los artículos 634 á 643 no imponen limitaciones especiales á la donación que pueden recibir los hijos naturales. El art. 847 tampoco la impone claramente: al contrario, las palabras «tercio de libre disposición» y «reducir» y la llamada al art, 817, suministran datos bastantes para comprender su idea. Las donaciones hechas á los hijos naturales se reducen cuando exceden de la parte considerada como libre en casos normales, ó sea cuando perjudica á otras legítimas. El art. 847 se fija sólo en el respeto á la legítima de los descendientes legítimos; mas del mismo modo deben respetarse todas las demás. En lo que las donaciones que los hijos naturales reciban de sus padres, en vida de éstos, excedan de la legítima de esos hijos, éstos se consideran extraños; ¿caben en la parte libre, sea un tercio, ó sea más ó menos? Pueden subsistir. ¿No caben? Han de reducirse, como las demás donaciones hechas á extraños, por inoficiosas. No creemos posible otra interpretación.

Supone un distinguido comentarista que sólo han de llevarse á colación por los hijos naturales las donaciones que hubieren recibido de sus padres, cuando existan varios herederos forzozos, y que si queda un solo hijo natural y los herederos son voluntarios, no viene aquél obligado á colacionar, ni, por tanto, á

imputar en su cuota legítima dichas donaciones. Creemos equivocada esta opinión, y el error se deriva de fijarse exclusivamente en los arts. 1035 y siguientes, prescindiendo de los 818 y 819.

Supongamos un solo hijo natural á quien el testador donó durante su vida 10.000 pesetas, instituyendo después herederos á un hermano y al mismo donatario, á éste en cuanto á su legítima, y á aquél en la parte libre. El caudal que deja el testador son 26.000 pesetas. Si el hijo natural no tuviese el deber de colacionar é imputar la donación á su legítima, recibiría las 10.000 pesetas, y además el tercio de las 26.000 por su cuota legitimaria, y no es eso lo que dicen los arts. 819 y 847. Al donar el testador á un heredero forzoso, la ley presume que ha querido anticiparle su legítima, y de aquí que las 10.000 pesetas deban colacionarse é imputarse á ella. Colacionadas, resultan 36.000 pesetas, de las que corresponden al hijo natural, con arreglo al art. 842, la tercera parte ó 12.000, pudiendo sólo reclamar, en virtud de los arts. 815 y 817, 2.000, y teniendo derecho el hermano á las 24.000 restantes, porque de ellas pudo disponer libremente el testador sin menguar la porción forzosa. Otra cosa sería conceder á los herederos forzosos, además de su legítima, un privilegio ó preferencia sobre la parte libre, que no autoriza texto legal alguno.

Dada la preferencia, se dice, que la ley otorga en la sucesión intestada á los hijos naturales sobre la línea colateral legítima, ¿qué motivo puede aducirse para que el hijo reconocido por su padre y favorecido con una donación *inter vivos*, tenga que colacionarla en su cuota forzosa en beneficio de un colateral ó un extraño? Se ve claramente que parece al comentarista aludido un absurdo pensar que la colación se exija á un hijo natural para favorecer á persona que no sea heredero forzoso; pero no ha pensado, sin duda, en que no se trata de una regla especial, en perjuicio de los hijos naturales, sino de la aplicación á éstos de una regla general á todos los herederos forzosos, y por tanto, á los mismos descendientes legítimos.

Cuando el testador tiene herederos forzosos, la ley sólo le consiente disponer de una porción, que por eso se llama libre. Nadie puede privar á los legitimarios de su legítima, pero fuera de ella, el testador dispone á su arbitrio; si dona ó lega á un extraño, ó dona ó lega á un hijo esa parte libre, igual es el derecho del hijo que el del extraño en esa porción. Ahora bien: es la ley la que quiere, y quiere con razón, que las donaciones que no tengan el concepto de mejora, y estén hechas á hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se imputen *precisamente* y *siempre* á su legítima; luego no pueden pretender nunca esa legítima y además la donación, porque son de ordinario una sola cosa. Si esa donación excede de la legítima, el exceso no puede ser imputado á ésta: tiene que referirse á la parte libre, y en la parte libre, repetimos, no hay ni debe haber preferencias por razón de las personas favorecidas. La donación que se hizo primero, se respeta sobre la segunda, sea quien fuere, hijo ó extraño, el que resulte con derecho preferente.

Si en la sucesión intestada ocurre otra cosa, y los hijos naturales son por la ley preferidos á los colaterales y extraños, la razón es clarísima: el causante pudo disponer, pero no dispuso de la parte libre, y la ley presupone que su voluntad sería preferir al hijo sobre otras personas.

Es claro que el hijo natural, como los demás herederos forzosos, sólo deben imputar en su cuota lo recibido en vida de su padre ó madre, *cuando estuviese sujeto á colación*, como decía el art. 833 del proyecto de Código de 1882. Pero para saber lo que no se halla sujeto á colación, basta referirnos á los arts. 1036 y siguientes. Hacen los padres ciertos gastos á que se hallan obligados, puede decirse, respeto á sus hijos, y esos gastos no son colacionables, sin que esto influya poco ni mucho en la cuestión que se ventila.

Todo nace, como dijimos al principio, de una confusión, motivada por la doctrina de los arts. 1035 y siguientes, y de no haberse penetrado bien del verdadero fin y objeto de los artículos 818 y 819, que sin ser contradictorios con aquellos que mi-

ran ya á la partición entre los herederos forzosos, giran en una órbita bastante más extensa.

SECCIÓN NOVENA

DE LA DESHEREDACIÓN

Ideas generales.

La *desheredación* es el acto por el cual el testador en virtud de una justa causa, priva á un heredero forzoso de su derecho á legítima.

Solamente pueden ser desheredados los herederos forzosos, porque sólo ellos tienen por la ley derecho á heredar. A los demás herederos puede ó no instituirlos á su arbitrio el testador, y, por lo tanto, puede privarles de la herencia sin más causa que su voluntad: como no tienen derecho á heredar, no puede decirse que se les deshereda.

Para que la ley consienta al testador semejante derecho, para poner en su mano recurso tan extraordinario, es esencial que exista una causa ó razón poderosa. La ley no puede imponer de tal modo su voluntad, que obligue al testador á dejar sus propios bienes al que con sus actos se ha hecho indigno de todo beneficio, quitándole el medio más adecuado para castigar al hijo ingrato y culpable, al padre cruel ó desnaturalizado, ó al cónyuge infiel.

Imposible es hablar de la desheredación sin acordarse del derecho romano, fuente de donde puede decirse que nacen, en esta materia, las legislaciones posteriores de todos los países.

Libre era el testador, en los primeros tiempos de Roma, de disponer de sus bienes en la forma que tuviese por conveniente. Se suponía que, por lo mismo que disfrutaba de esa absoluta libertad de disposición, no dejaría nunca desamparados á sus propios hijos, á sus padres ó á su familia. En tales circunstancias tenía que ser desconocida la doctrina de la desheredación.

Pero el simple silencio ú omisión por el testador de sus des-

cendientes, disponiendo de los bienes en favor de extraños, pareció sin duda inexplicable ó cruel, y pudiendo fundarse en un olvido á veces justificado, la costumbre exigía que los hijos fuesen instituídos herederos ó desheredados expresamente. Como, á pesar de esto, el testador seguía disfrutando de la misma libertad con arreglo á la ley, y ni aun era siempre respetada dicha costumbre, el abuso hizo necesaria la introducción por el pretor de la querella de inoficioso testamento, fundada en la ficción de no hallarse el testador en su cabal juicio, habiéndonos referido á esta querella al comentar el art. 814. Podía utilizarse por los hijos, ya hubiesen sido omitidos en el testamento ó injustamente desheredados.

Dicha querella concedía implícitamente al hijo un derecho forzoso en la herencia de sus padres, derecho forzoso del que sólo podía ser privado mediante formal desheredación, fundada en una justa causa. Cuáles fuesen causas justas, debía decidirlo en cada caso especial la autoridad del juez, hasta que Justiniano, en la Novela 115, fijó taxativamente las causas únicas en que debía fundarse el testador para desheredar, señalando catorce con relacióu á los descendientes, y ocho con relación á los ascendientes.

Las primeras eran: *a*) atentado contra la vida de los padres; *b*) injuria de obra; *c*) injuria de palabra; *d*) acusación por delito que mereciera pena capital; *e*) delación por delitos contra el fisco; *f*) trato ilícito con la madrastra; *g*) prostitución de la hija; *h*) impedir al padre hacer testamento; *i*) abandonarle estando loco; *j*) no redimirle de la cautividad; *k*) no prestar fianza para librarle de prisión; *l*) ser hechícero ó reunirse con ellos; *m*) ser mimo ó farsante; *n*) incurrir en herejía.

Las causas para desheredar á los ascendientes, eran: 1.ª, atentar contra la vida del hijo; 2.ª, atentar el padre contra la vida de la madre ó viceversa; 3.ª, acusar al hijo de delito que mereciere pena capital; 4.ª, tener trato ilícito con la nuera; 5.ª, impedir al hijo hacer testamento; 6.ª, no cuidarle estando loco; 7.ª, no redimirle de la cautividad; 8.ª, hacerse hereje.

Una especialidad existía en Roma con relación á los hermanos. Aun cuando nunca tuvieron derecho á legítima, se les concedía el derecho de rescindir el testamento haciendo uso de la querella, cuando el testador, no teniendo fundado motivo para privarles de la herencia, instituía por herederos á personas infames ó de mala nota.

Es evidente que la desheredación es una consecuencia del sistema de legítima. Esto explica el motivo de no haberse legislado sobre tan extremo medio en los primeros tiempos de Roma, y de no conocerse la desheredación en aquellas raras legislaciones que admiten la libertad de testar.

Pero aun varios de los que admiten el sistema de legítimas, señalan los graves inconvenientes de la desheredación. En primer lugar, se dice, según los más elementales principios del derecho penal, la pena para ser justa debe ser personalísima, sólo debe herir al culpable; mientras que la desheredación recae en primer término sobre el heredero indigno, pero también sobre su inocente descendencia. En segundo lugar, los bienes se arran can en ocasiones de la familia á que pertenecían para enriquecer personas más ó menos extrañas. Por último, se favorece y aun patrocina la venganza dentro de la familia; se impone á los descendientes ó á los ascendientes la necesidad de publicar las infamias ó los actos criminales ó vergonzosos de los individuos de su propia familia, obligándoles con ello á callar y perdonar, ó á pregonar su propia deshonra.

El Código de Napoleón, y lo mismo los Códigos de Italia y de Bélgica, á pesar de aceptar las legítimas, han suprimido la materia de la desheredación, no por creer que en todo caso deba respetarse la reserva ó porción forzosa, á pesar de la conducta indigna de los legitimarios, sino por estimar que estableciendo la ley las causas por las cuales el heredero indigno debe ser excluído siempre de la herencia forzosa ó voluntaria, y siendo esas causas esencialmente las mismas que debieran servir para privar de la legítima, basta con la expresión de aquéllas en la ley, y no es preciso obligar al testador á que las publique.

Este sistema, que no puede negarse que encierra grandes ventajas, no ha sido aceptado por la generalidad de los Códigos modernos, teniendo, sin duda, en cuenta que, además de las causas de indignidad que revisten un carácter más general y social, puede haber otras que, sin encerrar esa gravedad, digámoslo así, absoluta, ofendan justamente el orden familiar, y deban producir la privación de la legítima: causas especiales, relativas, apreciables sólo con relación á los descendientes, á los ascendientes ó á los cónyuges, que no cabe incluir entre las de indignidad, ni pueden ser despreciadas y quedar sin correctivo.

Nuestro Código conserva la incapacidad para heredar por indignidad y la desheredación. Disponiendo que los hijos del desheredado ocupen el lugar de éste y conserven los derechos de los herederos forzosos respecto á la legítima, ha evitado los principales inconvenientes señalados á la desheredación. Y si bien es evidente que se obliga al testador á expresar la causa que motiva su extrema resolución, esto se hace en interés de los mismos herederos para huir de la arbitrariedad en tan delicada materia, siendo libre el testador para perdonar: más injusto sería obligarle á dejar sus bienes á quien no lo mereciese. En todo caso, lo que deshonra es el hecho indigno, y no la expresión de su existencia. En cuanto á favorecer la desheredación, la venganza dentro de la familia nos parece una acusación injusta en los casos ordinarios: la venganza no es concebible entre padres é hijos, ó entre esposos, en el momento supremo de la muerte.

Veamos lo que el Código dispone sobre esta materia.

ARTÍCULO 848

La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley.

ARTÍCULO 849

La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde.

ARTÍCULO 850

La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá á los herederos del testador si el desheredado la negare.

Contienen estos artículos reglas generales sobre la desheredación, de las que existen precedentes, sobre todo en las leyes de Partida.

La importancia del acto exige la mayor solemnidad en la forma de realizarlo. Se trata de privar á un heredero forzoso de su legítima, de arrebatarle la parte que la ley le reserva en la herencia. Ahora bien: los mismos requisitos y formalidades exigidos para disponer de los bienes por causa de muerte, se hacen necesarios para evitar ó impedir que esos bienes recaigan en el heredero designado por la ley y pasen á otros herederos distintos.

La desheredación es nula si se hace en una forma que no revista todas las solemnidades exigidas al testamento, según su clase, y además ha de fundarse en una causa ó razón poderosa.

La causa, según los arts. 848 al 851, que vamos á comentar, ha de reunir los requisitos siguientes: 1.°, que sea legal ó de las expresamente señaladas en la ley; 2.°, que sea cierta, pudiendo demostrarse su existencia; y 3.°, que se haga constar en testamento.

1.ª *Legal.*—Toda justa causa no es bastante para motivar la desheredación. El testador podrá creer que tiene fundados motivos para desheredar á un heredero forzoso; mas no es posible dejar á su arbitrio la determinación de esos motivos, ya porque á veces juzgaría con demasiado rigor faltas de escasa gravedad, ya, principalmente, porque tal abandono por parte del legislador haría en realidad casi omnímoda la voluntad de los ascendientes, de los descendientes ó del esposo, viniendo á ser casi estéril el propósito de la ley al imponer como forzosa la legítima.

Tampoco se ha creído conveniente dejar esta cuestión al prudente arbitrio judicial, porque este sistema produciría gran desigualdad en la práctica, estimándose por unos justa causa lo que para otros no lo era, y resultando así por idéntico motivo unos hijos ó padres desheredados y otros no. Además, con tal criterio, menudearían las cuestiones judiciales entre las familias, quitando á la doctrina la fijeza y la sencillez que debe tener.

El legislador ha preferido determinar taxativamente las justas causas que pueden motivar la desheredación, y de aquí el precepto del art. 848, y los de los arts. 852, 853, 854 y 855, que respectivamente señalan las causas para desheredar á los descendientes, á los ascendientes ó al cónyuge.

El testador puede utilizar ó no utilizar el arma que pone en su mano la ley. Aun existiendo una de las causas legales, puede perdonarla y no desheredar. Lo que no puede es privar de su legítima á un heredero forzoso, á no ser cuando exista una causa de las señaladas expresamente en la ley.

El art. 666 del proyecto de Código de 1851 añadía que no podría desheredarse por otras causas aunque fuesen de igual ó mayor gravedad. Lo mismo establecía la ley 8.ª, título 7.º, Partida 6.ª

El art. 848 de nuestro Código expresa también claramente que *sólo* podrá fundarse la desheredación en alguna de las causas expresamente señaladas en la ley. No cabe, por consiguiente, fundarse en otras causas, aunque sean de mayor gravedad, ni en motivos análogos. Ha de tratarse de hechos que encajen perfectamente en los límites que á cada causa señala el legislador.

2.ª *Cierta.*—Es claro que esa causa no ha de ser pura invención del testador, no fundarse en datos dudosos, obra de personas parciales que intenten convencer al testador de la realidad de hechos, que, ó no han existido, ó no han tenido el carácter ó la gravedad que se les quiere atribuir. Si bastase la expresión de una causa legal, fuese ó no cierta, todo quedaría al abitrio

del testador; se buscaría una apariencia de razón, no una razón legítima.

La causa ha de ser cierta, esto es, ha de existir en realidad. El desheredado puede negarla. De nada serviría que la desheredación se fundase en una causa legal, si no podía probarse su existencia. ¿A quién corresponde la prueba? La prueba de un hecho, incumbe, con arreglo al derecho procesal, al que afirma su certeza. Afirma el testador: á él mismo, ó al heredero ó herederos instituídos que representan su personalidad, y son además los verdaderos interesados, incumbe probar la certeza de la causa legal en que la desheredación se funda. Mas no han de probarla siempre, sino sólo cuando la afimación sea contradicha, cuando el desheredado niegue la certeza de la causa. Si el desheredado se conforma, la causa se presume cierta.

Tal es la doctrina del art. 850, el que en realidad exige, como acabamos de ver, la existencia de una causa cierta. Hay causas que resultan de antemano probadas, porque requieren una sentencia condenatoria. Otras veces el mismo testador formalizará la prueba y de ella se aprovecharán sus herederos. Fuera de estos casos, dichos herederos son los obligados á probar los hechos cuya certeza se niegue por el desheredado. Si las causas alegadas fuesen varias, bastará que se pruebe una cualquiera de ellas, como afirmaba la ley 8.ª, tít. 7.º, Partida 6.ª

Igual doctrina contenía la ley 10 del mismo título y Partida, y la ley 1.ª, tít. 11, libro 3.º del Fuero Real.

3.ª *Expresa en el testamento.*—No basta que exista realmente una justa causa de desheredación, y que está sea de las señaladas en la ley. El art. 849 quiere además que se exprese en testamento la causa legal en que la desheredación se funde.

Si, pues, existe causa legal y el testador no la expresa, no bastará que los herederos prueben su existencia. Mucho menos podrá pretenderse por éstos la desheredación, cuando no constando causa en el testamento, se alegue que ignoraba el testador que existiese, aunque resultare preterido el heredero forzoso cuya desheredación fuese pretendida, como terminantemente

declaraba la ley 10 del tít. 7.° de la Partida 6.ª Los arts. 848 al 850 sólo al testador conceden el derecho de desheredar, y ha de hacerlo en testamento y expresando en él la causa cierta y legal en que se funde.

Debe tenerse presente que la última voluntad de una persona la constituyen el conjunto de actos ó disposiciones que expresan lo que quiere se haga después de su muerte, y por tanto, que si esa persona otorgó varios testamentos dejando en el último subsistentes en parte los anteriores, todos ellos, en cuanto deban cumplirse, forman en verdad una sola última disposición, lo que hace posible y válido que, desheredado un heredero forzoso sin expresión de causa en un testamento, se haga constar esa causa en otro posterior, ó que expresada una justa causa y omitido después un hijo, se le desherede más tarde de un modo expreso, siempre que combinadas las disposiciones de unos y otros testamentos, conste claramente la desheredación y la causa legal y cierta en que se funde.

La ley 1.ª, tít. 11, libro 3.° del Fuero Real, permitía que la razón de desheredar constase señaladamente en el testamento ó se expresase delante de testigos: doctrina esta última que no admitieron las Partidas.

Al exigir la ley que se exprese en el testamento la causa de la desheredación, no quiere decir que haya de detallarse el modo y forma con que esa causa se produjo, determinando hechos, palabras, fecha y circunstancias. Por esto la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 1904, declara que no existe precepto legal alguno que obligue al testador á expresar determinadamante el hecho constitutivo de la injuria en que se fundó para desheredar, ó las palabras en que la misma pudiera consistir. Sólo en caso de contradecirse la causa por el desheredado, será necesaria la prueba de su existencia por los herederos con arreglo al art. 850.

Otros requisitos de la desheredación.—Los artículos 848 al 850 no añaden ningún otro requisito á la desheredación. La ley 3.ª, tít. 7.°, Partida 6.ª, decía: «é á cualquier á quien desheredassen

deue ser desheredado *sin ninguna condición é de toda la heredad*, é non de una cosa tan solamente, é si assi non lo fiziessen, non valdría». Los comentaristas que han examinado esta cuestión, resuelven que, con arreglo al Código, puede desheredarse condicionalmente, pero no en parte de la herencia.

Estamos en el fondo conformes con esta solución. La desheredación ha de ser precisamente de toda la herencia. No se concibe que el testador prive de su legítima á un heredero forzoso y le legue el tercio libre, ni que fundándose en una justa causa, desherede sólo en cuanto á la mitad ó á un tercio de la legítima, porque ó juzga el testador que su heredero merece la desheredación ó no; si en su opinión la merece, no debe darle nada, y si no la merece, nada debe quitarle; y como lo mismo la falta, que la ofensa, que el sentimiento del ofendido y su opinión, son siempre una sola cosa, y no pueden descomponerse en partes, como dice un célebre comentarista, tampoco puede imponerse en fracciones el castigo.

En cuanto á la desheredación condicional, hay que distinguir. Desheredar provisionalmente bajo condición suspensiva, para el caso de que el heredero realice una determinada falta, nos parece inadmisible; la ley supone un hecho ó una causa ya existente y conocida por el testador, y no cabe que la pena de la desheredación nazca después por un acto aun no realizado. Caso distinto es aquel en que la causa exista ya y en que se imponga desde luego la pena, pero haciendo depender su remisión de un hecho futuro é incierto relacionado íntimamente con la causa. Esto sería un perdón condicional, que no vemos inconveniente en admitir siempre que no se funde en una condición caprichosa y sin relación con la causa en que el testador fundó el castigo.

Propiamente, pues, no admitimos la desheredación bajo condición, sino, como queda dicho, el perdón condicional; por más que ligadas ambas cosas íntimamente, resulte el legitimario desheredado por falta de cumplimiento de una condición.

Del mismo modo que la institución de heredero, la deshere-

dación ha de hacerse por el testador, designando al desheredado de modo que no pueda dudarse quién sea la persona á que se refiere. Puede ser bastante decir: «desheredo á mi padre por tal causa»; mas no lo será decir: «desheredo á mi hijo», cuando hay varios y no consta expresamente el nombre del desheredado. Esta doctrina se contenía en la citada ley 3.ª, título 7.º, Partida 6.ª, y debe estimarse subsistente con arreglo á los principios del Código, aplicándose por analogía á la desheredación los preceptos de los artículos 772 y 773, referentes á la institución de herederos. Si el testador tiene tres hijos, por ejemplo, y deshereda á uno sin expresar su nombre, instituyendo después herederos y nombrando á los otros dos, no puede haber duda sobre la persona del desheredado. No exigiremos, pues, en todo caso la designación del nombre, pero sí que pueda saberse de un modo indudable cuál sea el legitimario privado de su porción forzosa.

Los Códigos de Francia, Bélgica é Italia no admiten la doctrina de la desheredación; la ley que concede la legítima, la quita al que incurre en algún motivo de indignidad, sin que el testador pueda fundarse en otras causas ni necesite alegar ninguna.

Con los artículos 848 al 850 de nuestro Código concuerdan los 3645, 3649 y 3650 del Código de Méjico, conteniendo iguales preceptos los artículos 1875, 1880 y 1881 del de Portugal, 1207 y 1209 del de Chile, y 1265 y 1267 del de Colombia.

En Inglaterra, Estados Unidos y Baja California se admite la libertad de testar, por lo que no cabe la doctrina de la desheredación.

ARTÍCULO 851

La desheredación hecha sin expresión de causa, ó por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, ó que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los

legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen á dicha legítima.

Precedentes.—La ley 1.ª, tít. 8.º, Partida 6.ª: «El fijo ó el nieto del testador, ó alguno de los otros que descienden dél por la liña derecha, que ouiessen derecho de heredarles si muriesse sin testamento, si lo ouiessen desheredado á tuerto é sin razón, puede facer querella delante el Juez para quebrantar el testamento en que lo ouiesse desheredado, é el Juez deue oyr su querella, é facer emplazar al que es establescido por heredero en el testamento de su padre, é si fallare que fué desheredado á tuerto, ó que en el testamento no fué fecha mención dél, deue el judgar que tal testamento non vala, é mandar entregar la herencia al fijo ó al nieto que se querelló. E tal demanda como esta es llamada en latin *querella inofficiosi testamenti*, que quiere tanto dezir como querella que se faze de testamento que es fecho contra officio de piedad, ó de merced, que el padre ouiera auer de fijo.»

La ley 7.ª del mismo título y Partida añade que el heredero instituído pierde la herencia, «fueras ende, si fuesse fijo ó nieto del que fiziesse el testamento. Ca estonce este atal, magüer se quebrantasse el testamento por querella de alguno de sus hermanos, aurá la su parte que deuia auer segun derecho. Otrosi dezimos: que como quier que el fijo ó el nieto que fuesse desheredado lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas, é las libertades que fuessen y mandadas é otorgadas á los sieruos, non se embargan ni desatan por esta razón».

La ley 24 de Toro declara subsistentes en caso de desheredación, las mejoras de tercio ó quinto.

Comentario.—El art. 851 señala los efectos de un testamento que, conteniendo la desheredación de un heredero forzoso, adolece de alguno de los defectos siguientes: *a*) no expresar la causa en que se funda la desheredación; *b*) no ser esta causa de las señaladas taxativamente en la ley; *c*) no resultar cierta, por

fundarse en una causa legal cuya existencia niega el desheredado y no pueden probar los herederos.

En todos estos casos los efectos son idénticos; queda anulada la institución de herederos en cuanto perjudique al desheredado; en todo lo demás, vale el testamento.

Valdrán, pues, los legados y las mejoras, como dice el artículo; en lo que no perjudiquen los derechos de los herederos forzosos valdrán con mayor motivo las disposiciones referentes á nombramiento de albaceas, contadores, tutor, defensor judicial, etc.; valdrá hasta la misma institución de herederos en cuanto no perjudique al desheredado, y debemos estimar que á éste no se le perjudica más que en cuanto á la parte de legítima de que ha querido privarle el testador, puesto que así lo aclara el mismo artículo.

Si el testador tiene tres hijos y deshereda á uno de ellos sin expresar la causa, al anularse la institución, sólo se reduce la parte legítima de los dos instituídos, quienes en vez de dividirse esa legítima por mitad, sólo tendrán derecho á una tercera parte.

Si el testador deshereda á su padre por una causa que no sea legal, é instituye heredero de todos sus bienes á un extraño, esta institución se anula en cuanto á la mitad, que constituye la legítima del padre, única cosa en que ha sido perjudicado. El extraño continúa siendo heredero respecto á la otra mitad del caudal.

La única dificultad que puede presentarse es en cuanto á la determinación de la legítima del hijo desheredado al concurrir con otro hijo. A. instituye por heredero á su hijo B. y deshereda por causa no legal á C. Éste obtiene la nulidad de la institución en cuanto perjudica su legítima. ¿Es en tal caso su legítima la mitad de dos tercios ó la mitad de un tercio? De la parte de libre disposición no hay que hablar: íntegra pertenecerá al hijo instituído; pero, ¿no deberá seguir la misma suerte el tercio de mejora? Englobado con el resto de la herencia, dispuso de él el testador en favor únicamente de B., y para

privar á C. de ese tercio no necesita fundarse en más causa que su voluntad. Del tercio de legítima estricta no ha sido C. desheredado legalmente y conserva sobre él su derecho; mas en nuestra opinión, mejora existe en favor de B., y debe ser respetada.

Cuando el instituído sea un extraño y el desheredado un hijo único, la legítima de éste serán las dos terceras partes del caudal.

Al desheredado corresponderá reclamar judicialmente su legítima en el caso del art. 851, si voluntariamente no se reconoce su derecho. La acción para ello se denominaba en lo antiguo *querella de inoficioso testamento*, y á ella nos hemos referido al comentar el art. 814, el cual tiene con el que examinanos íntima relación.

Códigos extranjeros.—Son en esencia idénticos al art. 851 de nuestro Código, el 1882 del Código de Portugal y el 3651 del de Méjico. Los demás Códigos que aceptan la desheredación no contienen en igual forma el precepto; pero se conforman con la doctrina al expresar que el desheredado injustamente no pierde el derecho á su legítima.

ARTÍCULO 852

Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el art. 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º

Al relacionar la doctrina de la indignidad con la de la desheredación, aceptando estas dos formas de privación de la herencia, se presentaban al legislador dos caminos muy diferentes.

Era uno de ellos señalar solamente las causas especiales que podían motivar la privación de la legítima, dejando subsistentes y con independencia las causas generales y legales que privaban de toda la herencia. Era el otro, reunir en la materia

de la desheredación todas las causas aplicables á los herederos forzosos con relación á la pérdida de su legítima, reduciendo el círculo de aplicación del art. 756 á la sucesión intestada, y á los herederos voluntarios en la sucesión testamentaria.

En defensa de la primera solución militaban las razones siguientes: La desheredación es el acto por el cual *el testador* priva de su legítima á un heredero forzoso en virtud de una justa causa. Pero además de los motivos en que puede fundarse *el testador*, existen otros en los que se funda *la ley* para privar de la herencia forzosa ó voluntaria, testada ó intestada, á ciertas personas incapaces, ya en absoluto, ya relativamente ó por causa de indignidad. *La ley* da la legítima, *la ley* defiere la sucesión intestada, *la ley* priva de aquélla ó de ésta á los que son indignos. A ella corresponde en primer término ese derecho y no al testador; luego cuando ella lo hace, no necesita que el testador lo confirme, ni este caso tiene nada que ver con las causas especiales de privación de la legítima en que puede fundarse el testador, ya con relación solamente á los herederos forzosos. Sería anómalo que al indigno no le concediese la ley absolutamente ningún derecho en la sucesión intestada, y en cambio le regalase la legítima en la sucesión testamentaria, sólo porque el testador no consignó expresamente la causa de la indignidad en su testamento, ya que para la desheredación se exige precisamente ese requisito. Por último, los hechos que en el artículo 756 se enumeran son aún más indignos cuando se realizan por herederos forzosos. Si el testador ignora esos hechos, y á este supuesto queda reducida toda la materia de la indignidad según el art. 757, ¿cómo podrá fundarse en ellos para desheredar? El indigno, precisamente en ese supuesto, no podrá ser privado de su legítima y la recibirá en premio de su indigna acción, mientras un extraño, menos culpable que él, podrá por el mismo hecho ser excluído de la herencia.

En defensa de la segunda solución, y bajo la base de aplicar á las causas de indignidad, al reunirlas con las especiales de desheredación, los requisitos propios de esta última, cabe decir:

La desheredación, ó sea la privación de la legítima, ha de hacerse en testamento, expresando en él la causa legal que la motiva; luego no basta que la causa exista. Las causas de indignidad son más graves que las especiales de desheredación; luego también ha de poder fundarse en ellas el testador para privar de la legítima. La sola circunstancia de existir un motivo de indignidad, será bastante para arrebatar á un heredero su parte en la herencia de libre disposición, mas nunca para privarle de su legítima, si no se hace constar la desheredación y el motivo en el testamento. Como consecuencia, es necesario considerar como causas legales de desheredación ó privación de la legítima, todas las causas de indignidad que, comprendidas en el art. 756, deban estimarse aplicables á los herederos forzosos. De no hacerse así, cabría al menos la duda de si el sólo hecho de existir una causa de indignidad, podría motivar, sin desheredación expresa, la pérdida de la legítima. Las causas que al mismo tiempo lo son de indignidad y de desheredación, pueden ser conocidas ó ignoradas por el testador. Si son conocidas, en el mero hecho de no fundarse en ellas para desheredar, demuestra dicho testador que las ha perdonado: doctrina conforme con la del artículo 757. Si son ignoradas, tratándose de herederos voluntarios, la ley presume que el testador, si las hubiere conocido, no las hubiera perdonado, ni hubiera hecho, por tanto, la institución, produciendo su natural efecto la indignidad: tratándose de herederos forzosos, la ley establecería, en el supuesto de esta opinión, una presunción contraria; la de que si el testador hubiese conocido la causa de la indignidad, la hubiera perdonado, porque aunque los hechos en el heredero forzoso puedan estimarse aun más indignos, el cariño de un padre, de un hijo ó de un esposo es mucho más indulgente que el de un extraño. El heredero forzoso no será así nunca privado de su legítima por causas no expresadas por el testador en su testamento.

¿Cuál de los dos caminos indicados ha seguido el legislador? Aceptando el primero, que es, sin duda, el que descansa en verdaderos principios jurídicos, ha hecho constar, sin embargo, que

las causas de indignidad, al privar desde luego y siempre de la legítima, pueden ser utilizadas por el testador para expresar su voluntad de desheredar. Para creerlo así nos fundamos: 1.º En la doctrina de toda la sección 1.ª, del cap. 2.º, tít. 3.º, libro 3.º del Código, pues se ocupa de la capacidad para suceder en general, sin testamento ó con él, á título universal ó singular, por herencia voluntaria ó forzosa. 2.º En el precepto del art. 761, que priva expresamente de *la legítima* ó los descendientes excluídos por incapacidad, aunque concediendo á su inocente descendencia el derecho de representar al indigno. 3.º En el mismo artículo 852, que en principio establece la aplicación á la privación de la legítima de las causas de indignidad. Con ello creyó evitarse toda duda. Afirmando dicho art. 852 que las causas de indignidad son justas causas para desheredar, se pensó, sin duda, que el testador podrá fundarse en ellas, y aunque no lo haga por desconocer esas causas, se aplicarán los arts. 756 y siguientes, puesto que el indigno pierde también la legítima, como terminantemente lo afirma el art. 761.

Confirmaba esta idea la circunstancia de ser aplicables á la desheredación en la primera edición del Código *todas* las causas de indignidad, porque privando *todas* de la legítima, y fundándose algunas en hechos posteriores á la muerte del testador, y, por tanto, de imposible expresión en su testamento, era evidente que no se consideraba necesario que las causas de indignidad se hiciesen constar en el acto de última voluntad del causante; que el art. 852 se limitaba á hacer constar que el testador podía también fundarse para desheredar en esas causas, y que las repetidas causas de indignidad se traían al campo de la desheredación conservando su naturaleza propia, siéndoles, por tanto, aplicables los arts. 756, 760 y 761, y no el 849, en cuanto á su eficacia; el art. 757, y no el 856, en cuanto á su remisión.

En la segunda edición del Código, mirando la cuestión bajo otro prisma, se observó que algunas de dichas causas no podían ser conocidas por el testador, y, por lo mismo, que nunca podría fundarse en ellas para desheredar. Esto ocurre con la cau-

sa cuarta: no denunciar la muerte violenta del testador; y esto se estimó que ocurría con la causa séptima, en cuanto la alteración, suplantación ú ocultación del testamento debe ser un acto también posterior al fallecimiento del causante, y el hecho de impedir á éste el otorgar dicho testamento ó revocar el que tuviese otorgado, si produjo el fin que se perseguía, imposibilitaba en absoluto la desheredación, y si no produjo tal efecto, no se impidió realmente al causante hacer testamento ó revocarlo.

Algo análogo cabría decir de la causa sexta, que no fué excluída. Si el testador muere con el testamento que le obligó á otorgar la amenaza, el fraude ó la violencia, no cabe desheredar, y si pudo hacer otro, no produjo efecto el acto indigno del heredero. Ahora bien: si se afirma que la indignidad está en el hecho de haber tratado de obligar al testador á que no haga testamento, ó á hacerlo, ó á alterarlo, ó revocarlo, y no en que se produzca el resultado apetecido, se ve la posibilidad, lo mismo en la causa sexta que en la séptima, de que el causante se funde en ella para desheredar.

Sea como quiera, las causas cuarta y séptima fueron eliminadas del art. 852 en la segunda edición del Código, y atendiendo al motivo de esta modificación, á la doctrina de dicho artículo y á la de los arts. 853 al 855 en la parte que con aquél se relacionan, á pesar de no haberse variado la idea según nuestra creencia, no es raro que se provoque cierta extrañeza y confusión. Si esas causas se eliminan porque no es posible que consten en el testamento, tiene que deducirse por los que estudien el Código, que las causas que se conservan, al venir al campo de la desheredación, han cambiado de carácter, y si no se expresan en el testamento, aun siendo desconocidas por el testador, no producen el efecto de privar de la legítima.

Si esto fuese así cabría preguntar. ¿Es que cuando el heredero forzoso es indigno, necesita, sin embargo, ser desheredado? Si no estuviera desheredado, ¿recibiría la herencia á pesar de su indignidad? El art. 756, ¿no es aplicable á los herederos forzosos? Y si esto es así, ¿á qué aludir sólo en la causa segunda

de ese artículo á la pérdida de la legítima, si no es esa sola causa la que aplica el art. 852 al heredero forzoso? ¿Por qué consigna dicha causa segunda este mismo art. 852, como exigiendo que conste en el testamento, cuando conste ó no conste, en todo caso, dice de un modo expreso y terminante el 756, que si el ofensor fuese heredero forzoso, *perderá* su derecho á legítima? ¿Qué sentido queda al art. 761, que sólo al heredero forzoso se refiere, si el 756 no se aplica á dichos herederos? Actos tan indignos como los que se contienen en las causas cuarta y séptima del repetido artículo 756, ¿quedarán siempre sin castigo cuando se cometen por herederos forzosos, sólo porque no es posible que el testador haga expresión de ellos en su testamento?

Estas preguntas enseñan las consecuencias que surgirían de tal sistema, y prueban también que no ha podido ser ese el ánimo del legislador. Repetimos que las causas de indignidad conservan su naturaleza propia, y que el art. 852 lo que quiere es conceder al testador la facultad de desheredar también, fundándose en ellas. Dichas causas no producen la pérdida de la legítima cuando, conociéndolas el testador, las omite ó no se funda en ellas. Producen la pérdida de la legítima, ya cuando el testador deshereda fundándose en alguna de las mismas, ya cuando no pudo conocerlas, ya cuando, aun pudiendo conocerlas, se pruebe que las ignoraba. El testador no pudo pronunciar su fallo, y lo pronuncia la ley.

En efecto: la desheredación la impone el testador, y la incapacidad para suceder la impone la ley. Del testador y de la ley depende el derecho del heredero forzoso indigno. Si el testador no deshereda, todo se reduce á que el indigno no ha sido desheredado, á que no existe desheredación, porque no se ha hecho constar la causa en el testamento, según exige el art. 848; pero existe la indignidad, y por tanto, la incapacidad para suceder, impuesta por la ley con relación á la herencia voluntaria ó forzosa, y el heredero forzoso indigno no sucede á no haber sido instituído por el testador con pleno conocimiento de la causa de

indignidad, ó á no remitirse la ofensa en documento público, con arreglo al art. 757.

No creemos tenga más alcance el art. 852, artículo que, en rigor, no era necesario, por resultar su doctrina con más claridad en los artículos 853 al 555, donde ya se dice que de las causas de indignidad señaladas en el art. 756, sirven para desheredar al cónyuge la 2.ª, la 3.ª y la 6.ª; para desheredar á los descendientes, la 2.ª, la 3.ª, la 5.ª y la 6.ª, y para desheredar á los ascendientes, la 1.ª, la 2.ª, la 3.ª, la 5.ª y la 6.ª

Como hemos dicho en las ideas generales, Francia, Italia y Bélgica han creído suficientes las causas de indignidad para estimar perdida la legítima, sin necesidad de manifestación alguna del testador y sin fijar otras causas especiales de desheredación.

En cambio, el Código de Guatemala suprime las causas de indignidad y admite causas especiales para desheredar.

ARTÍCULO 853

Serán también justas causas para desheredar á los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre ó ascendiente que le deshereda.

2.ª Haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra.

3.ª Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitución.

4.ª Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Precedentes.—El Fuero Juzgo admitía como causas para desheredar á los descendientes, los malos tratamientos de obra, las injurias públicas y el hecho de contraer los hijos matrimonio contra la voluntad de sus padres (leyes 8.ª del tít. 2.º, y 1.ª del título 5.º, libros 3.º y 4.º).

El Fuero Real, en las leyes 2.ª y 3.ª del tít. 9.º, libro 3.º, tomando su doctrina del derecho romano, fijó ocho causas para la desheredación de los descendientes: atentar contra la vida de los padres, abuelos, etc.; maltratarles de obra ó de palabra; acusarles de delito grave; yacer con la mujer ó la barragana del ascendiente; impedirle hacer testamento; no redimirle de la cautividad; no constituirse en fiador suyo estando preso, y hacerse hereje, moro ó judío.

El tít. 7.º de la Partida 6.ª, leyes 4.ª á la 7.ª, relaciona las causas siguientes:

1.ª Meter manos airadas en el padre para ferirle ó para prenderle (ley 4.ª).

2.ª Deshonrarle de palabra gravemente (ley 4.ª).

3.ª Atentar contra su vida con armas, con yerbas ó de otra cualquier manera (ley 4.ª).

4.ª Acusarle por delito que llevare consigo pena de muerte ó de destierro, á no tratarse de delito contra el Rey ó el procomunal de la tierra (ley 4.ª).

5.ª Perjudicarle gravemente en sus bienes (ley 4.ª).

6.ª Yogar con su madrastra ó con la manceba de su padre (ley 4.ª).

7.ª Impedir al padre hacer testamento (ley 4.ª).

8.ª Hacerse juglar, no siéndolo el padre (ley 5.ª).

9.ª Lidiar por dinero en campo con otro ome ó con bestia brava, contra la voluntad de su padre (ley 5.ª).

10. Ser hechicero ó encantador, ó fazer vida con ellos (ley 4.ª).

11. Prostituirse la hija (ley 5.ª).

12. Ser el hijo hereje, moro ó judío (ley 7.ª).

13. No prestar los hijos varones fianza por su padre preso, pudiendo prestarla (ley 4.ª).

14. No redimir al padre cautivo, pudiendo hacerlo (ley 6.ª).

15. Estar el padre loco y no cuidarlo (ley 5.ª).

A estas causas se añadieron posteriormente otras dos: la celebración por los hijos de matrimonio clandestino (ley 49 de

Toro), y el casarse los descendientes sin obtener el consentimiento de las personas que debieran prestarlo (Pragmática de 23 de Marzo de 1776, ley 9.ª, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.)

Comparando las causas antiguas de desheredación con arreglo á las Partidas y leyes posteriores con las que el Código enumera en el art. 853, fácil es observar que las 2.ª, 3.ª, 5.ª y 6.ª del art. 756 se contenían en su esencia en la ley 4.ª, tít. 7.º, Partida 6.ª, y son las que acabamos de indicar con los números 3.º, 4.º, 6.º y 7.º; la causa 2.ª del art. 853 está formada por la 1.ª y 2.ª que hemos enumerado; y la 3.ª es la 11 antigua. Son nuevas en el Código las causas 1.ª y 4.ª del art. 853, y han desaparecido de nuestro derecho las causas 5.ª, 8.ª, 9.ª, 10, 12, 13, 14 y 15, así como las especiales que admitía la ley 49 de Toro y la Pragmática de 1776.

El hecho de perjudicar el descendiente á su ascendiente en los bienes (causa 5.ª de las antiguas) no revela por sí sólo la intención digna de castigo, pudiendo el padre corregir esa falta mediante su libertad de disposición del tercio libre y del tercio de mejora sin necesidad de desheredar.

Ha desaparecido en absoluto la razón de ser de las causas 8.ª, 9.ª, 10 y 12, pues hoy la profesión no deshonra, ni existe la intransigencia religiosa de otras épocas.

Más rara parece la supresión de las causas 13, 14 y 15; pero ni la prision, ni la cautividad, ni la locura revisten hoy la gravedad ó el perjuicio que en otros tiempos, por haberse suavizado notablemente las costumbres y haberse creado establecimientos para el cuidadó y la curación, á ser posible, de los desgraciados faltos de razón. Por lo mismo, la omisión antes penada en los descendientes, en la prestación de la fianza, la redención ó el cuidado, no ha parecido al legislador causa suficiente en absoluto para desheredarles, por más que si en esas situaciones necesitasen alimentos y les fueren negados indebidamente, cabe desde luego la desheredación, en virtud de la causa 1.ª del artículo 853.

Por último, el Codigo se abstiene de penar el matrimonio clandestino, y al celebrado sin consentimiento de las personas que en cada caso deban prestarlo le impone ciertas limitaciones en el art. 50, que sustituyen á la antigua desheredación.

Comentario.—Las mismas causas pueden motivar la desheredación de toda clase de descendientes, en cuanto tengan señalado por la ley derecho á legítima. En el art. 853 se comprenden los descendientes legítimos, los legitimados por el matrimonio, los naturales reconocidos y los legitimados por concesión real.

Estas causas son, en primer término, las señaladas en el artículo 756 con los números 2.°, 3.°, 5.° y 6.°

Después de cuanto hemos expuesto al comentar el art. 852, poco hemos de añadir. De las cuatro causas comprendidas en el art. 756, á que alude el 853, la segunda es la que puede presentar alguna duda. Motivando la desheredación el hecho de haber maltratado ó injuriado gravemente de palabra al ascendiente, no puede menos de considerarse también como motivo el atentar un descendiente contra la vida de sus padres, abuelos ó hermanos.

El hecho de maltratar á los ascendientes, comprendido en la causa 2.ª del art. 853, puede constituir un atentado contra su vida; mas no puede decirse por esto que cuando exista tal atentado, el hecho queda excluído de dicha causa, y como más grave, priva de la legítima con arreglo al art. 756, núm. 2.°, aunque no conste tal causa en el testamento. Para que este número y artículo sean aplicables, es preciso que el culpable haya sido condenado en juicio. Si esa condena no existe, se aplicará la doctrina especial para la desheredación, y por tanto, los artículos 848 y 856, porque el hecho habrá de estimarse comprendido en la causa 2.ª del artículo que comentamos.

Las causas especiales señaladas en este artículo, son las siguientes:

1.ª *Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre ó ascendiente que deshereda.*—No es necesario que la negativa haya producido por efecto el hecho de quedar el ascendiente sin ali-

mentos, como no es necesario que éstos hayan sido reclamados judicialmente. Es suficiente causa de desheredación la negativa probada por cualquier medio, con arreglo al art. 850. En caso de reclamación judicial y decretada la obligación de alimentos, aunque ésta se cumpla, si consta la negativa, consta la justa causa para desheredar.

No todos los comentaristas opinan lo mismo, exigiendo algunos que el ascendiente entable la acción judicial, que el descendiente se oponga, y que los Tribunales dicten sentencia otorgando el derecho á los alimentos y apreciando que la negativa obedecía á temeridad ó mala fe.

No vemos que la ley exija tanto requisito. Ni se obliga al padre á promover cuestión judicial á sus hijos, ni exige la mala fe ó temeridad judicialmente declarada, caso poco frecuente. El art. 853 sólo exige la existencia de un hecho: negarse sin motivo legítimo á suministrar alimentos. Si ese hecho existe y por él se deshereda, bastará que se pruebe por los herederos, caso de negarlo el desheredado, como previene el art. 850. ¿Será el hecho probado en cualquier forma menos criminal, porque el padre no haya querido entablar acción judicial y no medie sentencia? Cuando la ley hace precisa una sentencia condenatoria, lo dice claramente, como lo prueban los números 2.º, 3.º y 5.º del art. 756, y el 4.º del 853.

Es necesario, como queda dicho, que la negativa se funde en un motivo ilegítimo. Si el descendiente á quien se piden alimentos se halla en la imposibilidad de proporcionarlos ó si el ascendiente que los reclama no los necesita, existirá un legítimo motivo para negarse. En todo caso, al suscitarse cuestión entre el desheredado y los herederos, los tribunales apreciarán la prueba debidamente, y resolverán si hubo ó no razón legítima para negarse á tan sagrado deber.

Esta causa nueva de desheredación no puede menos de encontrarse justificada. El que sin motivo legítimo consiente que sus padres ó ascendientes carezcan de lo necesario para subsistir, no es digno de tomar parte alguna de sus bienes, sean mu-

chos, por imprevisto cambio de fortuna, ó pocos, como será lo más frecuente.

2.ª *Haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra.*—Esta causa de desheredación es especial para los descendientes y para el cónyuge. No es raro que no se aplique á los ascendientes. Los padres pueden castigar severamente á sus hijos, maltratándoles de obra ó de palabra, y lo que en ellos es una facultad, no puede motivar su desheredación, aunque el abuso se castigue. En cambio, los malos tratamientos son causa racional de divorcio, y realizándose por los descendientes en la persona de sus ascendientes, constituyen una grave ofensa, un acto contrario al derecho natural, que la ley con razón permite castigar. Los padres ó los ascendientes en general pueden perdonar esa ofensa, mas la ley no debe negarle ese arma, ó imponerles como forzosa una legítima inmerecida.

Todo acto comprendido en las palabras *maltratar de obra,* por insignificante que parezca, se halla contenido en esta causa, produzca ó no lesiones, siempre que se realice con intención y no por imprudencia ó por falta de discernimiento, y con mayor motivo si constituye un atentado contra la vida de los padres, no castigado en virtud de sentencia.

Respecto á las injurias graves, califica el art. 472 del Código penal como tales, la imputación de un delito de los que no dan lugar á procedimiento de oficio, la de un vicio ó falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito ó interés del agraviado; las injurias que por su naturaleza, ocasión ó circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; y las que, racionalmente, merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

No obstante poder servir ese artículo de guía, estimamos que la palabra *injuria* debe tomarse más bien en el sentido vulgar que en el legal, y que la gravedad han de apreciarla en su día los Tribunales. La calumnia, falsa imputación de un delito de los que pueden perseguirse de oficio, ya motiva en casos graves

una causa de indignidad, con arreglo al núm. 3.º del art. 756; pero estimamos que aunque no se refiera á delitos que merezcan pena aflictiva, debe considerarse como una causa de desheredación, comprendida en el número que examinamos, para lo cual basta tomar la palabra *injuria* en un sentido amplio y vulgar.

Repetimos lo expuesto con relación á la causa anterior. Basta el hecho de maltratar ó injuriar, cuando el testador se funda en él, y los herederos, caso necesario, lo prueban. No vemos la necesidad de una sentencia condenatoria anterior á la desheredación. La pena que puede imponer el testador es independiente á la de la ley.

Esta interpretación ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Noviembre de 1904.

«Desheredado un hijo por injurias, afirma dicha sentencia, no es necesario que preceda sentencia condenatoria por dichas injurias: *primero,* porque la ley sólo exige ese requisito cuando ha incurrido el hijo en un delito que lleve siempre consigo la pena de interdicción civil, *segundo*, porque correspondiendo á los herederos la prueba de la certeza de la causa de la desheredación, si el desheredado la negare, no sería esta prueba compatible con la declaración hecha en un fallo anterior, que necesariamente vendría á prejuzgar; *tercero*, porque la necesidad de ejercitar por medio de querella la acción penal por el delito de injurias, podría dificultar y tal vez hacer ilusorio el derecho de carácter civil concedido al padre, sobre no compadecerse tampoco la ritualidad y las exigencias de un procedimiento criminal con la intimidad de los vínculos familiares y los deberes de sumisión y respeto en el hijo; y *cuarto*, porque la gravedad de las injurias de que se trata, queda evidentemente patentizada con la simple enunciación de las palabras en que consisten.»

3.ª *Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitución.*—La ley 5.ª, tít. 7.º, Partida 6.ª, decía: «Quando el padre quisiesse casar su fija, é la dotasse segund la riqueza quel ouiesse, ó segund que pertenesciesse á ella é á aquel con quien la quería casar; si ella contra la voluntad del padre dixesse que non quería

casar é despues de esto fiziere la vida de mala mujer en putería, poderla y el padre desheredar por tal razon. Pero si el padre alongase el casamiento de su fija, de manera que ella pasasse de edad de veynte é cinco años, si despues de esto ficiese ella yerro ó enemiga de su cuerpo, ó se casasse contra voluntad de su padre, non podría él desheredarla por tal razon, porque semeja que él fué en culpa del yerro que ella fizo, porque tardó tanto que la non casó.»

La hija ó la nieta que se entrega á la prostitución deshonra la familia á que pertenece, cubriéndola públicamente de oprobio y vergüenza, sea menor ó mayor de veinticinco años, y hayan ó no procurado los padres su casamiento. El motivo de la posible desheredación en este caso no puede ser más justo.

No se comprende en el número que examinamos la mala conducta de la hija ó de la nieta, el amancebamiento de las mismas, no porque no merezca también un correctivo en muchos casos, si no porque es dificilísimo fijar un límite para no confundir la simple falta con el vicio, y porque nunca es el hecho tan vergonzoso ó deshonroso para la familia como la verdadera prostitución.

Se castiga el hecho indigno de traficar la hija ó la nieta con su cuerpo, mayor y último grado, como dice Goyena, de inmoralidad en la mujer.

Creemos que la ley no se ocupa de la biznieta, por ser rarísimo el caso de concurrir, ya en plena pubertad, á la herencia de su bisabuelo; pero no dudamos que si llegara á presentarse el caso, la biznieta podría ser también desheredada.

Claro es que aquí basta también el hecho realizado para desheredar, y no se exige previa sentencia declaratoria.

4.ª *Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.*—La interdicción civil priva de los derechos de patria potestad, tutela, participación en el consejo de familia, autoridad marital, administración de bienes y disposición de los mismos por actos entre vivos. La ley no quiere que conserve su derecho á legítima el descendiente que con sus actos se ha hecho acreedor á tan grave pena.

El número que examinamos se refiere á la interdicción civil perpetua ó temporal (aneja á las penas de cadena temporal ó perpetua), pero total, pues la parcial se aplica á delitos de menos importancia, y sólo priva de la tutela y consejo de familia. La interdicción civil no afecta al derecho de adquirir bienes por cualquier título; pero el legislador tiene en cuenta los graves delitos que merecen esa pena, y permite á los ascendientes fundarse en esa causa para desheredar.

En este caso es indispensable previa sentencia condenatoria, y así lo expresa claramente el art. 853.

Códigos extranjeros.—A nada conduciría la expresión detallada de las causas de desheredación que admiten los diversos Códigos. A todos puede decirse que ha servido de patron la legislación romana, eliminando las que en cada país se ha creío que carecían de razón de ser ó que revestían escasa gravedad.

Los Códigos de Chile (art. 1208) y Colombia (1266) admiten cinco causas: injurias, abandono en caso de demencia, impedir hacer testamento, casarse sin consentimiento de los ascendientes, y cometer determinados delitos ó abandonarse á vicios ó ejercer granjerías infames, *á menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.*

El Código de Portugal sólo señala tres causas: cometer ciertos delitos contra los padres, acusarles ó denunciarles, y negarse á alimentarlos.

El de Guatemala señala seis: atentado contra la vida de los padres, causarles maliciosamente una pérdida, acusarles ó denunciarles, tener acceso con la mujer del ascendiente, no cuidarle estando loco, y negarle su fianza para que salga de la prisión.

El de Méjico contiene ocho causas para desheredar á los descendientes: muerte ó intento de ella contra el ascendiente, acusación por delito que merezca pena capital ó prisión, atentado contra el honor, violencia con relación al testamento, celebración de matrimonio sin obtener el consentimiento, entregarse la hija á la prostitución, negativa de alimentos, y delito de supre-

sión, sustitución ó suposición de infante para arrebatarle ó adjudicarle la herencia.

Basta lo expuesto para comprender el diverso criterio de los legisladores en esta cuestión.

ARTÍCULO 854

Serán justas causas para desheredar á los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el art. 756 con los núms. 1.°, 2.°, 3.°, 5.° y 6.°, las siguientes.

1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el art. 169.

2.ª Haber negado los alimentos á sus hijos ó descendientes sin motivo legítimo.

3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.

Precedentes.—Las partidas, siguiendo el derecho romano, señalaron como justas causas para desheredar á los ascendientes, las ocho que siguen:

1.ª Acusar al hijo de delito que merezca pena capital.

2.ª Atentar contra su vida.

3.ª Tener trato ilícito con la nuera.

4.ª Impedir al hijo hacer testamento.

5.ª No redimirle cuando está cautivo, pudiendo hacerlo.

6.ª Abandonarle hallándose en estado de locura.

7.ª Incurrir en herejía.

8.ª Atentar el padre contra la vida de la madre, ó viceversa (ley 11, tít. 7.°, Partida 6.ª).

El art. 854 admite las causas 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 8.ª—En el artículo anterior aplicamos el motivo de haberse eliminado las demás.

Comentarios.—Sabemos que, según el criterio del legislador, todas las causas de indignidad señaladas en el art. 756, son relativas; que al referirse al padre que abandonare á sus hijos ó

prostituyere á sus hijas, no quiere considerar como heredero indigno á todo padre que cometa hechos tan abominables, sino solamente al padre del testador, en el caso de que el mismo testador hubiese sido el hijo abandonado. Así lo hicimos constar en el comentario del art. 756, y vienen á confirmarlo los arts. 853 al 855, al excluir especialmente el caso citado en la desheredación del cónyuge ó de los descendientes, y al incluirle en el artículo que comentamos.

Respecto á dicha causa primera de indignidad y á las otras cuatro que según este artículo motivan la desheredación de los ascendientes, nos referimos al comentario de los artículos 756, 852 y 853.

Entre las causas especiales figuran las siguientes:

1.ª *Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en en el art. 169.*—Roto por sentencia firme el lazo de la patria potestad entre el padre ó la madre, y sus hijos, la ley no considera á esos padres con derecho á legítima. Es claro que esta causa, como la 1.ª del art. 756, sólo hace relación á la desheredación del padre ó de la madre. La pérdida de la patria potestad en los abuelos no basta para que sus nietos puedan desheredarles.

La pérdida de ese mismo derecho en los casos expresados en el art. 171, y la especial de la madre que pasa á segundas nupcias (art. 168), tampoco son suficientes motivos para la desheredación.

Según el art. 169, el padre, y en su caso la madre, pierden la patria potestad sobre sus hijos: 1.º Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad. 2.º Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio, así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Según el núm. 1.º del art. 854, los hijos pueden fundarse para desheredar á sus padres, no en las causas que motivan la pérdida de la patria potestad, sino en el hecho de haber sido los padres privados de esa facultad. Se sigue de aquí que al recobrar esos ascendientes la patria potestad, como ya no la tienen perdida, no existe motivo para la desheredación. Esto ocurre en

caso de divorcio, por reconciliación de los cónyuges, ó por muerte del inocente, si la causa fué el adulterio, los malos tratamientos ó las injurias graves. En el primer caso, es evidente que ese es el espíritu del Código, y así lo prueban los artículos 856, 855, núm. 4.º, y 854, núm. 3.º En el segundo, ó sea la muerte del cónyuge inocente, y siempre, es claro, que el hecho de recuperarse la patria potestad sea anterior á la muerte del hijo que desheredó, hay que aceptar la misma conclusión por la razón expuesta de ser causa para desheredar el haber perdido la patria potestad, y por ser la desheredación materia odiosa, que en caso de duda debe ser interpretada en sentido restrictivo.

2.ª *Haber negado los alimentos á sus hijos ó descendientes sin motivo legítimo.*—Véase lo expuesto sobre esta causa en el artículo anterior.

3.ª *Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.*—Causa es ésta gravísima, y aun mucho más si no se trata de un simple atentado, sino de la consumación de un parricidio.

La simple lectura del núm. 3.º del artículo que examinamos, y su comparación con la causa 2.ª de indignidad del art. 756, y la causa 2.ª del divorcio, comprendida en el art. 105, que puede motivar la pérdida de la patria potestad según el 169, demuestran la diferencia de casos á que el legislador se refiere. En el número 2.º del art. 756 se exige la condena en juicio por el atentado contra la vida de algún ascendiente del testador. En el art. 169, al que se refiere el núm. 1.º del art. 854, se exige que se haya decretado el divorcio, y la pérdida de la patria potestad en su consecuencia. En el núm. 3.º que examinamos basta el hecho de atentar uno de los padres contra la vida del otro, aunque se trate de una simple tentativa no castigada en juicio criminal, ni productora de divorcio por no haberlo pedido los cónyuges.

Se dirá que si basta el hecho de atentar, sobre la necesidad de la condena por ese hecho, y por tanto que podía haberse eliminado en el art. 854, y en el 855, donde se repite igual doctri-

na, como después veremos, la causa 2.ª del art. 756. Pero debe tenerse en cuenta que son casos distintos, causas de indignidad y causas especiales de desheredación, siendo las causas 3.ª del artículo 854 y 4.ª del 855 una nueva prueba de los distintos efectos que producen, y de que al venir al campo de la desheredación, las causas de indignidad no pierden por eso en la intención del legislador su naturaleza propia.

Cuando el mismo cónyuge perdona, á los hijos toca también perdonar. Por eso el núm. 3.º de este artículo excluye el caso de reconciliación; sin que esta aclaración sea redundante, porque nada tiene que ver con el precepto general del art. 856, sólo aplicable á la reconciliación del testador con el desheredado. Si los cónyuges *viven* bajo un mismo techo, debe presumirse la reconciliación.

Códigos extranjeros.—Se distingue el Código de Méjico, cuyo artículo 3648 declara que en ningún caso podrán los hijos y descendientes privar á sus padres ó ascendientes de su derecho á legítima.

Los demás Códigos señalan distintas causas para la desheredación de los ascendientes. El de Portugal, art. 1878, establece las mismas causas que para la desheredación de los descendientes, añadiendo el atentado de un padre contra la vida del otro. Los Códigos de Chile (art. 1208) y Colombia (1266) fijan las tres primeras causas que pueden servir para desheredar á los hijos. Y el de Guatemala (art. 925) señala el atentado contra la vida de un descendiente, ó de otro ascendiente del testador, la acusación ó denuncia por delito que lleve aneja pena corporal, el acceso carnal con la nuera, el causar maliciosamente una pérdida de más de la tercera parte de los bienes, y el abandonar al descendiente loco ó gravemente enfermo.

Véanse también los arts. 769 del Código de Austria, y 3748 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 855

Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.º, 3.º y 6.º, las siguientes:

1.ª Las que dan lugar al divorcio, según el artículo 105.

2.ª Las que dan lugar á la pérdida de la patria potestad, conforme al art. 169.

3.ª Haber negado alimentos á los hijos ó al otro cónyuge.

4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.

No siendo el cónyuge heredero forzoso antes de la publicación del Código, no podían señalarse causas para su desheredación.

La ley limita, como hemos visto, las causas para desheredar á los ascendientes; en cambio, amplía los motivos para la desheredación del cónyuge. Estos motivos figuran en cuatro grupos.

Primer grupo. Los comprendidos en el art. 756 con los números 2.º, 3.º y 6.º El primer motivo y el quinto de dicho artículo 756 no son ciertamente aplicables; á ellos equivalen el quinto y el primero del art. 105. El segundo tiene gran relación con el núm. 4.º del artículo que ahora examinamos, aun siendo, como es, diferente.

Segundo grupo. Las causas que dan lugar al divorcio según el art. 105, á cuyo comentario nos remitimos. La ley exige, sin embargo, que los cónyuges no vivan bajo el mismo techo. Si viviesen, se presume que ha habido reconciliación.

Téngase presente que la ley no exige que se haya pedido ni decretado el divorcio, sino sólo que exista alguna de las causas que, según el art. 105, puede motivarlo. Negado el hecho por el

cónyuge desheredado, los herederos tendrán que probarlo con arreglo al art. 850.

Si el divorcio hubiera sido decretado, el cónyuge culpable no tiene derecho á legítima, en virtud del art. 834, y no cabe desheredación ó sería supérflua, porque se pretendería privar de un derecho que la ley no concede.

Tercer grupo. Las causas que dan lugar á la pérdida de la patria potestad conforme al art. 169, á las que ya nos referimos en su lugar, y en el art. 854.

Cuarto grupo. Las causas especiales señaladas como tercera y cuarta en este art. 855.

Respecto á la *tercera*, véase lo expuesto en el art. 853. Hay que hacer igual salvedad que en los núms. 1.° de dicho artículo 853 y 2.° del 854. Para que el negarse á dar alimentos un cónyuge, á sus hijos ó al otro cónyuge, pueda motivar la desheredación, es necesario que no exista motivo legítimo para la negativa.

La *cuarta* causa supone el hecho gravísimo de atentar un cónyuge contra la vida del otro. Es aplicable á esta causa lo que hemos dicho sobre la tercera del art. 854 en general, y en su relación con los 756 y 169.

Como vimos al comentar el art. 834, el cónyuge es privado de su legítima por la ley en otros casos especiales que no exigen, sin embargo, desheredación expresa por parte del testador.

No hemos encontrado verdaderas concordancias en los Códigos extranjeros.

ARTÍCULO 856

La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva á éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.

La doctrina de este artículo estaba en nuestras antiguas leyes, como lo prueban la 1.ª, tít. 5.°, libro 4.° del Fuero Juzgo; la 2.ª, tít. 9.°, libro 3.° del Fuero Real, y la 4.ª, tít. 7.°, Partida 6.ª

El precepto del art. 856 se halla enunciado con perfecta claridad. La reconciliación anterior al acto de desheredar, priva al testador de este derecho. Se presume que no hubo ofensa, puesto que el ofendido otorgó su perdón.

La reconciliación posterior al acto de desheredar, deja sin efecto la desheredación ya hecha. Entre el instante en que se otorga el testamento y aquel en que ocurre el fallecimiento del testador, media siempre cierto período de tiempo. Aunque á veces breve é insignificante ese período, comprende la situación más crítica en la familia, la de la última enfermedad. Ante la proximidad de la muerte se extinguen los odios, se apagan las pasiones, se desvanecen los resentimientos, y raro será el caso en que el moribundo no conceda su perdón á todos los que le ofendieron. Mas este perdón general no basta para los efectos de que se trata; ha de referirse expresa y concretamente á la persona del ofensor, aceptándolo éste, de suerte que medie verdadera reconciliación entre el ofensor y el ofendido. La reconciliación, como cuestión de hecho, será apreciada, en caso de controversia, por los tribunales.

En el art. 856, el otendido es el testador y el ofensor el desheredado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 1904, citada ya en el comentario de los artículos 849 y 853 declara que el perdón concedido por el testador al desheredado en la misma cláusula de desheredación, tiene sólo un alcance moral, y no es la reconciliación á que el art. 856 se refiere.

Comparando este artículo con el 757 se observa una importante diferencia. El testador que conociendo una causa de indignidad ó de desheredación en la persona que escoge por su heredero ó lo es legalmente, le instituye en su testamento, se presume siempre que la ha perdonado, y la institución surte efecto. Sin embargo, en el art. 757, en caso de duda sobre si el testador conocía ó no la causa, habrá de probarse ese conocimiento. En la doctrina de la desheredación, por el contrario, si el testador no deshereda, conociese ó no conociese la causa, el

heredero forzoso no es privado de su legítima, aunque se pruebe que existía un motivo legal y que el causante lo ignoró.

En el art. 757, si la causa de la indignidad fué posterior á la institución de heredero, ó si, aun siendo anterior, era desconocida por el causante, el heredero no puede suceder por incapaz, á no ser que expresamente y en documento público dicho testador remita ó perdone esa causa. En el art. 856, no sólo no pierde nunca el instituído su legítima, sino que, aun desheredado por el testador, la simple reconciliación del ofensor y del ofendido deja la desheredación sin efecto.

Supuesta diferencia tan notable, cabe preguntar: Las causas primera, segunda, tercera, quinta y sexta del art. 756, que pueden motivar la desheredación con arreglo á los artículos 852 al 855, al efecto de privar *de la legítima,* ¿se rigen por la doctrina del art. 757 ó por la del 856? En nuestra opinión, ya lo hemos dicho, el testador puede fundarse en esas causas para desheredar, pero no pierden por eso su naturaleza propia. La reconciliación priva del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha; pero el indigno continúa con arreglo á la ley incapacitado para suceder, aun en la legítima, mientras en documento público y con arreglo al art. 757 no se remita la ofensa.

Códigos extranjeros.—Concuerda el art. 856 de nuestro Código con el 3654 del de Méjico. No aparece el precepto en el Código de Portugal. Y resuelven la cuestión en distinto sentido los Códigos de Austria (art. 772), Guatemala (929), Uruguay (866), Chile (1211) y Colombia (1269), exigiendo la remisión de la ofensa, bien de un modo expreso y solemne, bien mediante institución en un testamento.

ARTÍCULO 857

Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto á la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el

usufructo ni la administración de los bienes de la misma.

No existen precedentes de este artículo, cuya doctrina fué ya admitida en el proyecto de Código de 1851, art. 673.

La desheredación es una pena que impone el testador. En cuanto recae sobre el verdadero culpable no puede ser más justa. En cuanto sus consecuencias afectaban á los hijos del desheredado, dejándoles en el abandono, no podía ser más inícua. Este inconveniente que de un modo fatal surgía de la desheredación, era preciso que desapareciese de nuestro derecho.

La desheredación no llevaba solamente consigo el mal apuntado Sobreviviendo al testador el desheredado, los hijos de éste no le podían representar, en virtud del principio de no admitirse la representación de una persona viva. Si, pues, á causa de la desheredación, faltaban los herederos forzosos, los bienes de la familia pasaban á una persona extraña.

Estos dos graves males se remedian en el Código mediante el precepto del art. 857, que se halla en relación principalmente con los 761 y 929, y cuya justa doctrina presenta ancho campo de aplicación.

Pero al comparar los arts. 761, 857 y 929, ejemplares todos de la proclamación de un mismo principio, se observa una diferencia esencial. El 761 no quiere que la indignidad ó la incapacidad de *un hijo ó descendiente*, prive de la herencia á los hijos ó descendientes del incapaz. El 929 permite *representar* á una persona viva en los casos de incapacidad ó de desheredación; mas como el derecho de representación, según el art. 925, sólo se concede, en relación á los herederos forzosos, en la línea recta descendente, resulta que sólo á *los hijos ó descendientes* desheredados se les puede representar. El art. 857, separándose de los anteriores, sienta una regla mucho más general. Los hijos *del desheredado*, de todo heredero forzoso desheredado, ocupan el lugar de éste y conservan derecho á su legítima. Los hijos del ascendiente desheredado, hermanos ó tíos del testador, repre-

sentan al padre ó al abuelo. Los hijos del cónyuge, procedan ó no del matrimonio con el causante, representan al viudo. ¿Es posible admitir la doctrina con tal generalidad?

El art. 857 no puede ser aplicado al cónyuge desheredado, porque, como hemos dicho, el objeto de este artículo fué principalmente que las consecuencias de la desheredación no se extendiesen á una posteridad inocente, que la pena fuese personal y no recayese indirectamente sobre los descendientes del desheredado, y tales inconvenientes no existen en la desheredación del cónyuge. En efecto: si los hijos lo fuesen también del consorte difunto, éstos recibirán desde luego la herencia sin el gravamen de usufructo, ocupando de hecho el lugar del desheredado; y si los hijos proceden de un matrimonio anterior, siendo usufructuaria la cuota del viudo, nunca habrá de recaer en esos hijos, que no pueden alegar derecho alguno en la herencia de su padrastro ó madrastra; por lo que no cabe el perjuicio que se quiere evitar. Además, el derecho del viudo es un beneficio personalísimo; si él no lo merece, y fundándose en una causa cierta y legal, el testador le deshereda, nadie tiene derecho á ocupar en representación suya el usufructo que quedó vacante más que los nudo propietarios, porque en nadie pueden reunirse las mismas condiciones ó concurrir las mismas circunstancias que en el viudo.

Más dudosa parece la cuestión con relación á los ascendientes desheredados. El fundamento del precepto no repugna su aplicación á este caso. Mas, en suma, el art. 857 lo que concede es un derecho de representación. ¿Por qué, en caso de indignidad, no puede representarse al ascendiente, según el art. 761, á pesar de existir los mismos fundamentos? Es sin duda porque el art. 761 tuvo en cuenta que, según el 925, la representación no tiene *nunca* lugar en la línea recta ascendente. Pues el mismo principio ha de regir en el caso de desheredación, y por consiguiente el art. 857 sólo puede aplicarse á los hijos ó descendientes desheredados. Esto es lo que creemos conforme á su letra y á su espíritu, y lo que está en armonía con las disposiciones an-

tes citadas. Sólo los hijos ó descendientes del hijo desheredado pueden ocupar el lugar de éste, y conservar los derechos de herederos forzosos respecto á la legítima, que es lo que ordena dicho artículo.

Respecto á la prohibición de que el desheredado usufructúe ni administre los bienes en que consista la legítima, véase el comentario del art. 761.

Véanse también los artículos que tratan del derecho de representación.

Códigos extranjeros.—Los arts. 1877 del Código de Portugal y 3647 del Código de Méjico, contienen igual precepto que el de nuestro Código en el art. 857. Dichos Códigos añaden, que los que ocupan el lugar del desheredado, quedan, proporcionalmente á su participación en la cuota, obligados á suministrarle alimentos, si los necesitare.

El art. 1884 del Código portugués y el 927 del de Guatemala, fijan el término de dos años para impugnar la desheredación. El Código de Méjico, en el art. 3653, concede al efecto un plazo de cinco años. Nuestro Código no establece en estos artículos plazo especial, por lo que la cuestión ha de resolverse en la doctrina relativa á la prescripción, y dejando á salvo los principios de la ley Hipotecaria.

SECCIÓN DÉCIMA

DE LAS MANDAS Y LEGADOS

Ideas generales.

Los *legados* significan una detracción de la herencia. El testador separa de la universalidad de bienes que hubiera pertenecido al heredero, una porción determinada, ó cosas ó derechos particulares, para conferirlos á cualquier otra persona ó á un fin especial.

Las mandas ó legados son el medio de que se vale el testador para cumplir sus deberes sociales, premiando el cariño de sus amigos ó parientes, recompensando servicios, repartiendo

limosnas, facilitando recursos á los establecimientos benéficos, etcétera.

En el derecho antiguo no podían hacerse legados sin instituir heredero, ya que el legado sólo podía hacerse en *testamento*, y éste quedaba nulo al faltar la institución de heredero, anulándose, por consiguiente, todas las mandas.

Al lado de los legados nacieron los fideicomisos. Aquéllos tenían su origen en el derecho civil; éstos en el derecho natural; aquéllos se hacían en términos directos: doy, mando, lego; éstos en términos indirectos: encargo, suplico: eran un ruego que los testadores dirigían á sus herederos: por último, los legados sólo podían hacerse en testamento ó en codicilo confirmado por testamento; los fideicomisos podían constar en codicilo no confirmado por testamento.

Justiniano borró estas diferencias; mas en todo caso, el heredero entraba en posesión de la herencia, de pleno derecho, al morir el testador, y el legatario tenía que reclamar su legado de los herederos.

Respecto á los precedentes del derecho patrio con relación á los legados, nos remitimos á lo que quedó expuesto en el tomo 5.º de esta obra, pág. 218 y siguientes.

El Código no define el legado; pero la definición es fácil deducirla de los preceptos de los arts. 660 y 661, cuyo comentario debe tenerse presente.

Como allí quedó expuesto, el testador califica el carácter de las personas que llama á su sucesión, designándolas como herederos ó legatarios, salvo el caso excepcional del art. 768, con arreglo al cual el instituído como heredero en una cosa cierta y determinada, debe ser considerado como legatario. La ley determina los efectos de esas designaciones, considerando á los que nombró legatarios como sucesores á título particular, sucesores en las cosas, derechos ó porción, y aun á veces obligaciones determinadas, que especialmente, y de un modo definido y limitado, quiso transmitirles el causante; y á los que designa herederos, como sucesores á título universal, sucesores en la

porción indefinida de los derechos y cosas no separados especialmente de la herencia, y en todas las obligaciones de que pudiese ser responsable el testador, y como representantes de la personalidad del difunto. Si el testador no da nombre á sus sucesores, la ley atiende á su intención, á su voluntad, según el contenido del testamento, y en la duda considera legatario á la persona á quien se dejan cosas ó derechos particulares, cosas ciertas y determinadas, y heredero á la persona á quien se deja el resto de los bienes ó una parte alícuota, mayor ó menor, de los mismos.

Por regla general, el legado sólo nace por voluntad del testador; la ley sólo designa herederos, ya contra la voluntad de ese testador, ya supliendo la no manifestación de la misma. No obstante, existieron ciertos legados forzosos en favor de los Santos Lugares, de determinados hospitales, de las familias que padecieron en la guerra de la Independencia, etc.; y hoy que esos legados han desaparecido, aún establece el art. 812, como dijimos oportunamente, una sucesión forzosa, á título particular, en favor del ascendiente donante en casos especiales.

Por *legado* se entiende algunas veces el acto de disposición del testador al separar de su herencia para determinado fin cosas, derechos ó una porción definida de sus bienes; y otras veces, esa misma porción ó esas cosas ó derechos especiales, que para determinado fin separa de su herencia el testador. No es, en efecto, condición precisa que el legado favorezca á una persona: puede destinarse á sufragios por el alma del testador ó de otras personas, ó á ciertos fines morales ó benéficos.

El legatario nunca puede ser gravado más que hasta donde alcance el valor de su legado. Tiene derecho á exigir la manda al heredero que acepta puramente, aunque no haya bienes bastantes en la herencia, siempre que aquél los tenga, sin que por ello responda de deuda alguna; y aun repartido en legados todo el caudal, su obligación con los acréedores es mancomunada y restringida al importe de los bienes que adquiere.

Después de las disposiciones á título universal, el Código

pasa á tratar en la presente sección 10.ª de las disposiciones á título particular que constituyen las mandas y legados. Hay, sin embargo, ciertos preceptos comunes á los herederos y legatarios, y evitando repeticiones innecesarias, los consigna unidos el legislador en las secciones 1.ª y 4.ª de este capítulo 2.º Tales preceptos son los relativos á la capacidad para suceder y á las disposiciones testamentarias puras, condicionales ó á término. Ténganse, pues, presentes los arts. 744 al 762 y 790 al 805, así como los relativos á las sustituciones, cuando sean aplicables á los legados, según el art. 789.

En la sección 10.ª, que vamos á examinar, se comprenden las reglas especiales á los legados. Mas no se crea que en esta sección y en los artículos citados anteriormente se comprende toda la doctrina que á los legados se refiere. Hay otros artículos esparcidos por el Código que también se relacionan con esta materia, y deben ser recordados en este lugar. Tales son los artículos 50, regla 2.ª, 162, 207, 251, 347, 508, 655, 660, 668, 682, 763, 817, 820 á 822, 828, 851, 902, 903, 906, 908, 987, 1003, 1020, 1025 á 1027, 1029 á 1033 y 1396.

De los arts. 1003 y 1027, por ejemplo, se desprende para los legatarios una consecuencia importante. Aceptada la herencia puramente, el heredero responde del pago de los legados hasta con sus propios bienes. Aceptada á beneficio de inventario, los legados sólo pueden pagarse después de satisfechos todos los acreedores y si quedan bienes en la herencia. Habiendo herederos forzosos, los legados no deben nunca perjudicar las legítimas.

Las disposiciones citadas se completan con otras contenidas en leyes especiales, como la de Enjuiciamiento civil, arts. 1038 y 1039, y la Hipotecaria, arts. 42, 45 al 58 y 86 al 91 de la ley, y 47 al 50, y 79 y 80 de su reglamento, y con la doctrina de varias sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección general de los Registros.

En ninguno de los artículos de esta sección se trata del legado de parte alícuota, que es aquel por el cual el testador dis-

pone á título particular de una porción proporcional de su herencia: un tercio, una dozava parte, etc. Los legatarios de parte alícuota son equiparados en muchas circunstancias á los herederos, porque su derecho está subordinado á la entidad del caudal; así es que, aun aceptada puramente la herencia, sólo tienen derecho á exigir su legado cuando queden bienes propios del testador, después de satisfechas las deudas. Sin embargo, esos legatarios, como todos, han de pedir á los herederos la entrega de su legado, con arreglo al art. 885, y así lo confirma la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 9 de Marzo de 1897.

En la del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 1903 se declara que el legado de parte alícuota no está prohibido por nuestra actual legislación.

El art. 655 del Código concede á los legatarios de parte alícuota el derecho de reclamar ó pedir la reducción de las donaciones inoficiosas: derecho que nunca tal vez llegarán á ejercitar, por no interesarles su efectividad, pero que demuestra la preferencia otorgada á esos legatarios sobre todos los demás, ya que se les iguala con los herederos.

Los arts. 1038 y 1039 de la ley de Enjuiciamiento civil conceden otra preferencia á los legatarios de parte alícuota: la de poder promover el juicio voluntario de testamentaría.

En cambio, la ley Hipotecaria, art. 42, niega á esos legatarios el derecho de pedir anotación preventiva. La razón es sencilla: el legislador entiende que no necesitan esa garantía provisional, por poder evitarse todo menoscabo en sus derechos mediante su facultad de promover el juicio voluntario de testamentaría.

El legado de parte alícuota, además de sufrir la reducción que le imponga las oscilaciones del capital, y de poder desaparecer si no queda caudal, tiene otra desventaja en concurrencia con otros legados, en el caso del art. 887, pues por su naturaleza son preferentes los legados remuneratorios, y los demás que se determinan en dicho artículo.

La cláusula de un testamento por la que se confiere á determinada persona la portería de una casa, constituye un legado ó carga de la herencia, que el heredero debe cumplir. (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Diciembre de 1907.)

Debe tenerse como no puesto el legado hecho sin designar la cosa, cantidad ó porción que se lega. (Sentencia de 8 de Noviembre de 1908.)

ARTÍCULO 858

El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios.

Estos no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

ARTÍCULO 859

Cuando el testador grave con un legado á uno de los herederos, él solo quedará obligado á su cumplimiento.

Si no gravare á ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

ARTICULO 860

El obligado á la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señalase sólo por género ó especie.

La ley 3.ª, tít. 9.º, Partida 6.ª facultaba al testador para mandar y obligar en su testamento ó codicilo al heredero que diese ó pagase alguna cosa á otro, y añadía: «E aun dezimos que si el testador mandase á alguno de aquellos, á quien él ouiesse dexado de lo suyo señaladamente, que de aquello que le mandaua, que diesse alguna cosa á otri, tenudo es de lo cumplir, fasta aquella cuantía que montasse aquello que él auia dexado por manda».

La herencia comprende la universalidad de los bienes de una persona. El testador, como dueño de esa universalidad, separa

de ella los derechos á los objetos legados especialmente. Este acto representa la disposición; mas como no produce sus efectos hasta después de la muerte del testador, corresponde cumplirla, según el art. 885, á los herederos, que son los que continúan su personalidad jurídica.

Para los herederos significa desde luego un gravamen, una disminución de sus derechos, el cumplimiento de los legados, y de aquí la palabra *gravar*, empleada en el art. 858. El testador, al disminuir su propio patrimonio con mandas ó legados, disminuye el haber correspondiente á los continuadores de su personalidad, les grava con la obligación de entregar las cosas ó derechos de que particularmente dispuso.

La regla general es la que se contiene en el segundo apartado del artículo 859. Los herederos todos, en proporción á su haber respectivo, son los obligados al pago de las mandas. Para que esto no ocurra, es necesario que el testador expresamente disponga otra cosa, ó que así se deduzca de su voluntad.

Si, pues, el testador dispone diversas mandas de su caudal sin gravar especialmente á ninguno de sus herederos ó legatarios, se entienden obligados todos los herederos, que, como hemos dicho, son los que deben cumplir las obligaciones que ese testador voluntariamente se impuso. Si no existen herederos nombrados por el causante, siempre debe haberlos designados por la ley. No obstante, puede ocurrir que repartida en legados toda la herencia, nadie tenga interés en aceptar ni reclamar una sucesión que sólo puede producir obligaciones sin utilidad alguna. La ley, previendo este caso, dispone en el art. 891 que los legatarios paguen las deudas y gravámenes de la herencia á proporción de sus cuotas, y estimamos que del mismo modo deben cumplir los legados, como carga ó gravamen que son en realidad. De ordinario, en tales casos, el testador designará personas encargadas especialmente del cumplimiento de su última voluntad.]

La ley determina que los herederos todos quedan obligados al pago de los legados en proporción á sus cuotas, y con ello es-

tablece una obligación mancomunada y no solidaria, á la que son aplicables los artículos 1138 y 1139, al par que reconoce que la disminución producida por el importe de los legados, aun consistiendo éstos en cosas determinadas, afecta proporcionalmente á todos los partícipes de la herencia.

Si el heredero es único, no puede haber cuestión: sólo él quedará obligado al pago de todos los legados. Mas si son varios, no puede exigirse el pago total de uno solo de ellos, sino de todos, ó si se entabla la acción contra un determinado heredero, sólo podrá reclamársele la cantidad proporcional á su cuota, ó la participación indivisa que en el objeto legado le corresponda.

Esta regla general tiene determinadas excepciones, de las que unas nacen de los actos de los mismos herederos, otras de la naturaleza y aun de la clase del objeto legado, y otras de la voluntad expresa ó tácita del testador.

1.º *Por actos de los mismos herederos.*—Estos pueden desde luego encomendar la obligación de satisfacer los legados á uno solo de ellos, ó facultar al albacea. En estos casos se trata de un poder ó autorización que no altera la regla: la obligación se cumple en nombre de todos. Pueden también aceptar la entrega ó cumplimiento de la obligación realizada por un solo heredero, indemnizándole proporcionalmente si pagó con bienes de su pertenencia. Y puede ocurrir, por último, que la cosa legada se pierda por culpa de uno de los herederos: de los actos de éste sólo él responde; los demás herederos quedan en tal caso libres de toda responsabilidad.

2.º *Por la naturaleza ó clase del objeto legado.*—Si la cosa es indivisible, como el derecho de servidumbre de paso, aun dirigida la acción contra un heredero, éste, como cada uno de todos los demás, está obligado por entero á su cumplimiento. Si el legado consiste en metálico, puede reclamarse á los albaceas, con arreglo al art. 902, núm. 2.º, en relación con el 885. Con relación al legado de renta ó pensión, véase el art. 508. Por último, el legatario de cosas determinadas adquiere desde luego, en virtud del art. 882, la propiedad del objeto legado y puede re-

clamar esa propiedad por la acción reivindicatoria, entablándola contra cualquier persona que tenga el objeto en su poder. Así, tratándose de cosas determinadas, que una vez practicada la partición se hayan adjudicado especialmente por error ó malicia á uno de los herederos, puede reclamarse de ésto sólo la entrega por acción real, aunque ese heredero pueda á su vez reclamar en este caso por acción personal contra los otros herederos para que le indemnicen ó sufran el gravamen en proporción á su haber.

3.º *Por voluntad del testador.*—Cuando la obligación sólo pueda ó deba cumplirse por uno de los herederos ó legatarios, éste sólo será el obligado.

Esto ocurre cuando se legan cosas que pertenecen á un legatario ó á un heredero, ó cuando se lega un derecho sobre bienes ú objetos determinadamente dejados á los mismos; y más especialmente, y con arreglo á la expresa voluntad del testador, cuando éste gravó con el legado á un heredero ó legatario, ó cuando impuso la obligación á los albaceas. En tales casos puede reclamarse la efectividad del legado de la persona obligada á su cumplimiento.

El testador puede, en efecto, con arreglo al art. 858 y párrafo 1.º del 859, gravar especialmente con algún legado á uno solo de sus herederos ó á uno de sus legatarios; y en este caso este legalario ó aquel heredero serán con exclusión de los demás, los obligados á cumplirlo.

Para esta excepcional disposición del testador se comprende que debe haber alguna razón que la motive. Los arts. 858 y 859 hablan de gravar con legados: un legatario queda gravado cuando sobre la cosa que á él se le lega impone el testador un gravamen en favor de otra persona, ó cuando le impone determinadas limitaciones ú obligaciones, pero siempre por razón de su legado, incluso la entrega de cosas de su propiedad. Lo que no se concibe es que el testador haga un legado á uno y le comisione para entregar á tercero otra cosa distinta de la herencia que habría de pedir al heredero: sería un rodeo inútil para el que no se encuentra razón alguna, y sobre todo, no constituiría

verdadero gravaman para ese legatario; por lo que, propiamente, como decimos, para gravar con legados á un heredero ó legatario determinado, ha de existir cierta relación entre la disposición á favor de éstos y el gravamen que se le impone.

Existe notable diferencia según quien fuese la persona gravada. Si es un legatario y el gravamen se le impone sobre la cosa que se le lega, ó por razón de ella, tendrá en primer término, que reclamar él su legado á los herederos, y una vez obtenido, debe cumplir ó pagar el legado que grava el suyo. Además, no está obligado á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor de su legado; el testador puede con tal gravamen hasta anular el legado, ya que nadie le obliga á favorecer ó beneficiar al legatario; puede, pues, reducir las facultades de éste, mas no se puede exigir que se perjudique en su fortuna para satisfacer sus generosos impulsos ó los postreros deseos del testador. Este puede, si quiere, no beneficiar; pero carece de derecho para imponer un perjuicio al legatario.

Si el gravado con la manda es un heredero, puede cumplir directamente la obligación que se le impone, y una vez aceptada la herencia, ha de cumplirla, aunque el gravamen exceda al beneficio, esto es, aunque el valor del legado absorba ó supere el importe de su haber como heredero. La razón de esto es que el heredero continúa la personalidad del testador, y obligándose éste en el testamento para con el legatario, los continuadores de su personalidad tienen que cumplir la obligación.

Esto no obsta á la aceptación de la herencia á beneficio de inventario, que, naturalmente, alterará los expresados efectos, ni al respeto debido siempre á la legítima de los herederos forzosos, porción que reserva la ley y que puede reducir ó anular los legados, por no caber en la parte de que libremente puede disponer el testador. Véanse los arts. 1003 y 1023.

Si el heredero especialmente gravado muere antes que el testador, es incapaz ó repudia la herencia, la obligacion pasará á su sustituto, si lo hubiere, y en su defecto, afectará proporcio-

nalmente á todos los demás herederos. Si el legatario ó encargado del pago de un sublegado, ó de un legado á otro, renuncia, se incapacita ó muere, su legado, salvo los casos de sustitución ó derecho de acrecer, se refunde en la masa de la herencia, con arreglo al art. 888, y los herederos que, proporcionalmente á su haber, lo adquieren, quedarán obligados á cumplir la carga ó el sublegado que á aquel legatario se impuso; pero siempre dentro de los mismos límites, ó sea hasta donde alcance el valor del legado que caducó ó quedó sin efecto.

El art. 859 se tuvo en cuenta, al dictar la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1904, que no contiene, con relación á dicho artículo, declaración alguna de importancia.

Responsabilidad en caso de evicción.—El art. 860 impone á la persona obligada á la entrega del legado la responsabilidad en caso de evicción esto es, le obliga al saneamiento en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada, ó se señalase sólo por género ó especie. De aquí se deduce, que cuando el legado es de cosa determinada, la persona obligada á su entrega no responde en caso de evicción. Sobre dichos legados, véanse los artículos 875, 882 y 884.

Es regla general en las transmisiones á título lucrativo, que el transferente no responda del saneamiento en caso de evicción, pues no tiene obligación de hacer regalos, y el adquirente no se perjudica aunque la cosa se pierda en virtud de sentencia firme que declare que no pertenecía al que la transmitió, y en todo caso, si sufre daño no imputable á él, puede exigir la reparación al que por acción ú omisión fué la causa del mismo. Así lo establece respecto á la donación el art. 638, y así debe entenderse con relación al legado. De modo que si el testador lega una cosa determinada en la creencia de que le pertenece, ó pertenece á su heredero ó á su legatario, aunque después declaren los Tribunales que pertenecía á un tercero, la persona gravada con el legado no responde del valor de esa cosa al legatario, puesto que el mismo testador no hubiera tenido tal responsabilidad ú obligación. El legatario perderá su legado, sin derecho á reclamar

por ello contra nadie. A la misma conclusión se llega aplicando los artículos 861 y 862; el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, y no es raro que no pueda subsistir el legado.

Cuando el testador lega una cosa indeterminada, por ejemplo, un caballo ó una viña, habiendo del género de éstas en la herencia, el heredero ó la persona gravada entregará una viña ó un caballo, á su elección, que no sea de la calidad inferior ni de la superior; pero esa persona responde del saneamiento en caso de evicción, no precisamente porque continúe en su caso la personalidad del testador que transfiere la cosa, pues siendo el legado un título lucrativo como la donación, es claro que no es, por regla general, procedente, sino porque, al recoger, puede la persona gravada entregar una viña que supiera no pertenecía al testador ó dudase al menos de la legitimidad de su titulación, ó un caballo ilegalmente adquirido, y el testador quiso que se entregase una viña suya, ó un caballo, y no precisamente lo que se llegó á entregar. Sobre todo, el legado ha de cumplirse en los términos que exige el art. 875, y si no se impusiese responsabilidad alguna á la persona gravada, en caso de evicción, el legado no se cumpliría. Por lo mismo, tratándose de inmuebles, se deduce de dicho artículo, que si sólo hubiese uno de los del género legado en la herencia, y ese se entregase al legatario, no cabría responsabilidad en caso de evicción.

Nada se dice en el art. 860 sobre obligación al saneamiento en caso de gravámenes, vicios ó defectos ocultos de la cosa genérica legada que se entregó. Si se trata de bienes inmuebles, sabemos que han de entregarse de los que existan en la herencia; y si esos gravámenes se hallan inscritos en el Registro, no pueden llamarse ocultos. Si hay bienes inmuebles no gravados en la herencia, ó los gravámenes no se han hecho públicos por la inscripción, ó si se trata de bienes muebles, dispone el art. 875 que han de entregarse cosas que no sean de la calidad inferior ni de la superior; lo que indica desde luego que no debe darse lo peor ó más defectuoso, y por tanto, que procede también el saneamiento en caso de vicios ó gravámenes ocultos, siempre

que el legado pueda cumplirse entregando otra cosa distinta de la clase ó género que el testador ordenó.

Códigos extranjeros.—El Código de Chile trata de la materia de estos artículos en el capítulo referente al pago de las deudas hereditarias y testamentarias, siendo iguales en el fondo á los artículos 858 y 859 de nuestro Código, los 1360 y 1364 del de dicho país.

Los arts. 3532 y 3533 del Código de Méjico concuerdan con más exactitud; el 3536 añade que si el legatario sufre evicción, podrá repetir lo que haya pagado.

El art. 860 de nuestro Código tiene su más exacto concordante en el 868 del de Uruguay.

En Guatemala sólo grava el testador con legados á los herederos: hasta que éstos toman posesión de la herencia, la entrega de las mandas está á cargo de los albaceas.

ARTÍCULO 861

El legado de cosa ajena, si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado á adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, á dar á éste su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

ARTÍCULO 862

Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado.

Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento.

ARTÍCULO 863

Será válido el legado hecho á un tercero de una cosa propia del heredero ó de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada ó su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

ARTÍCULO 864

Cuando el testador, heredero ó legatario tuviesen sólo una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado á esta parte ó derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

Legado de cosa ajena.—La doctrina contenida en estos artículos aparece aceptada en las leyes 10, 37 y 38 del tít. 9.º, Partida 6.ª, si bien la ley 10 admitía una excepción al declarar válido el legado de cosa ajena aunque el testador ignorase que no le pertenecía, siempre que se hiciese en favor de la esposa ó de algún pariente, por estimar que aun sabiendo el testador que la cosa era ajena, hubiera querido que se entregase esa cosa ó su valor.

El Código, en los arts. 861 al 868 y 870 al 880, trata de las cosas que pueden ser legadas, determinando los efectos especiales, según los casos.

Las primeras disposiciones se refieren al legado de cosa ajena. Cosa ajena es aquella que pertenece á distinta persona que el testador. Puede ser propia de un heredero, de algún legatario ó de un extraño, siendo este último el caso en que realmente la estima ajena el legislador, y puede ser en parte propia y en parte ajena.

El Código sienta la regla general sobre dicho legado en los arts. 861 y 862, y dicta reglas especiales sobre el legado de cosa propia del heredero ó de un legatario (art. 863), sobre el legado de cosa perteneciente al mismo legatario á quien se lega (arts. 866 y 878) y sobre el legado de cosas en las que una parte ó un derecho pertenece al testador, al heredero ó al legatario, y otra parte ó derecho á otra persona distinta (art. 864). Examinemos, pues, estas reglas dentro de los límites de los arts. 861 al 864, únicos á que, por ahora, debemos referirnos.

A) *Cosa ajena en su totalidad.*—Acepta nuestro Código la doctrina del derecho romano, fundada en la presunta voluntad del testador. Puede sentarse una regla y diferentes excepciones.

Es lo natural que una persona sólo disponga de lo que le pertenece. Si dispone de cosas ajenas, debe presumirse que ignoraba esa circunstancia, y que si la hubiese conocido no habría verificado el legado. De aquí la regla del art. 862. «Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado.» No es necesario probar esa ignorancia, porque se presume siempre, salvo prueba en contrario; lo que hay que probar es, por lo tanto, que el testador sabía que legaba una cosa que no era suya, y esta prueba incumbe al legatario.

La regla de ser nulo el legado de cosa ajena tiene las excepciones siguientes:

1.ª *Cuando exprese claramente el testador en su testamento que lega la cosa de otro.*—No se exigirá prueba alguna cuando el testador manifiesta en su testamento que sabe que la cosa no le pertenece, como si lega la casa número tal, de tal calle, en tal población, de F. de T., ó impone á un heredero por condición el haber de entregar á un legatario la heredad de tal, propia de M. En este caso, el legado es desde luego válido, y debe cumplirse con arreglo al art. 861.

En otras legislaciones se decide lo contrario (Francia, Bélgica, Guatemala): el testador que lega una cosa que sabe que no le pertenece, se presume que quiso burlarse del legatario, porque nadie puede disponer de las cosas de otro. Conformes con que se trata de un caso anómalo que por la complicación que lleva á la doctrina de los legados sería conveniente suprimir, creemos, sin embargo, más racional la presunción en que nuestro Código se funda. El solemne acto de testar no es el más á propósito para suponer bromas ni burlas: el testador quiso, desde luego, hacer el legado cuando lo hizo á sabiendas de tratarse de una cosa ajena. No por eso invade el derecho del dueño de la cosa, única persona á quien compete su disposición; nadie obliga á éste á respetar por su parte el legado, el cual se cum-

ple por la persona gravada en la forma posible. Si el dueño quiere desprenderse de la cosa legada (por venta, permuta, etc.), esa persona la adquirirá para entregarla al legatario. Si el dueño no quiere desprenderse de ella ó exige más de lo que vale, la persona gravada entregará al legatario su justa estimación.

2.ª *Cuando se prueba que el testador sabía que la cosa legada no era de su pertenencia.*—Probado que el testador sabía que la cosa legada era ajena, el art. 861 declara válido el legado, presumiendo que esa fué la voluntad de aquél.

Ya hemos dicho que la prueba incumbe al legatario, verdadero interesado en recibir la manda, y que será el que afirme que el testador sabía que la cosa legada era ajena, y ha de referirse esa prueba al tiempo en que se hizo el testamento, pudiendo servir éste como medio de demostración, si de él puede deducirse, aunque no conste con claridad, que el testador no ignoraba aquella circunstancia. El conocimiento de ser ajena la cosa, posterior al testamento, no influye, porque el que supo después ignoraba al legar.

El Código de Italia admite el legado de cosa ajena, pero exige que se declare en el testamento que se legan cosas pertenecientes á tercera persona.

3.ª *Cuando el testador adquiere después la cosa legada.*—En este caso el testador lega una cosa que en la época de su fallecimiento se encuentra entre sus bienes, y la ley no ha querido que se discuta si el testador sabía ó ignoraba al hacer el testamento que la cosa era ajena. La adquisición posterior á dicho testamento revela claramente que la voluntad del testador fué que el legado se cumpliese, pues aun suponiendo una ignorancia anterior sobre su derecho, él mismo, una vez perfectamente enterado, hizo desaparecer todo obstáculo que pudiera oponerse á su voluntad.

4.ª *Cuando se trate de legados de cantidad ó de cosas muebles indeterminadas ó genéricas.*—En efecto; la idea de cosa ajena lleva consigo la de pertenecer el objeto legado á otra persona determinada distinta á la del testador, y cuando se lega una canti-

dad, un libro, un caballo, etc., no puede determinarse su dueño, mejor dicho, no existe propiamente dueño alguno, porque conviniendo la cosa con el género legado, es indiferente que pertenezca al testador, á un tercero, al heredero ó á un legatario. Véase el art. 875, que es el aplicable.

5.ª *Cuando se trate de un legado alternativo ó de opción* que deba ó pueda ser válidamente cumplido en alguno de sus extremos, pues poco importa la nulidad del otro por referirse á cosa ajena.

6.ª *Cuando la cosa ajena pertenece al heredero ó á un legatario distinto de aquel á quien se lega.*—En este caso tampoco se necesita prueba sobre el hecho de saber el testador que la cosa no le pertenecía, y atendiendo al beneficio que el heredero ó legatario reciben en la sucesión, la ley juzga anómalo que puedan excusarse del cumplimiento del legado, pretextando que la cosa no pertenecía al causante. De aquí la excepción contenida en el artículo 863. El heredero ó legatario verán si les conviene ó no aceptar. Si aceptan contraen la obligación de cumplir el legado, si bien dentro de los límites marcados en el art. 858. Si no aceptan dejan de ser considerados como tales legatario ó herederos, y reducidos á la condición de extraños; recobra su imperio la regla general: el legado es nulo mientras no se pruebe que el testador, al legar, sabía que la cosa legada no era de su pertenencia.

Hay quien pretende que el precepto del art. 863 se halla subordinado al de los arts. 861 y 862, que se trata de una cosa ajena, y, por tanto, que la ley declara su validez, pero bajo la base de probarse que el testador sabía que legaba lo que no era suyo.

No lo entendemos así. En el art. 861 se declara válido el legado de cosa ajena sólo en el caso de que el testador, *al legarla*, supiese que no le pertenecía. En el 863, al contrario, se establece sin distinciones la validez del legado de cosas propias del heredero ó de un legatario, con la sola condición de que se acepte la sucesión. Además, el art. 864 iguala las cosas propias de un legatario ó de un heredero, con las cosas propias del testador,

contraponiendo el derecho de cada uno de ellos al que en la misma cosa pertenezca á otra tercera persoua. Por otra parte, si la regla fuese idéntica, estaría demás el art. 863. Por último, aunque variando la forma, se ha aceptado la doctrina contenida en el proyecto de Código de 1851, art. 680, que con más claridad decía: «El legado de una cosa propia del heredero ó del legatario encargado de darla á un tercero, será válido, *aun cuando el testador ignorase su verdadera pertenencia.*» Es, sin embaago, natural suponer, con relación á las cosas de un legatario, que el testador sabía que eran de ese legatario, pues de otro modo no le gravaría con esa entrega de legado á un tercero.

El art. 863 deja al heredero ó legatario, cuando aceptan la sucesión, la facultad de cumplir el legado en una forma alternativa. Si no quieren desprenderse de la cosa misma, basta que paguen su justa estimación. Bien claramente expresa el artículo que es potestativo en el deudor cumplir en una ú otra forma la obligación.

En el art. 863, al hablar de *un* legatario, se supone éste distinto de aquel á quien ha de entregarse la cosa; de modo que hay dos legatarios: uno de ellos es el que debe recibir la cosa ajena legada; el otro es el propietario de una cosa el que debe verificar su entrega. Por eso se dice: «Será válido el legado hecho *á un tercero* de cosa propia de un legatario.» Este legado se llama *sublegado*, y el que lo recibe, sublegatario.

Esto no obsta al respeto debido á la legítima de los herederos forzosos. Así es que el legado á que alude el art. 863, puede, como todos, reducirse y aun anularse si no cabe en la parte de libre disposición, y sólo debe cumplirse por el heredero forzoso á quien pertenezca la cosa legada, cuando no fuere excesivo ó inoficioso, esto es, cuando no perjudique á la legítima, así como el legatario tampoco está obligado á su cumplimiento más que hasta donde alcance el valor de su legado.

Es posible que el objeto legado cambie de dueño en el tiempo que media desde el otorgamiento del acto de última voluntad hasta el fallecimiento del testador. Cuando éste sabía que la

cosa legada no era de su pertenencia, tal cambio importa poco, porque el legado será siempre válido á no resultar dueño de esa cosa, al morir el testador, por título lucrativo, el mismo legatario á quien se le legó (art. 878). Cuando el causante ignoraba que la cosa era de otro, hay que distinguir: si pertenecía á un tercero y fué adquirida por el testador, el legado es válido (artículo 862); si pertenecía á un tercero, y fué adquirida por alguno de los herederos, ó por un legatario distinto de aquel á quien le fué dejada, el legado debe estimarse también válido en virtud de los artículos 863 y 864, que igualan las cosas de esos herederos ó legatarios á las del testador; si pertenecía á un tercero y fué adquirida por el mismo legatario beneficiado con ella, es aplicable el art. 878. Por el contrario, si la cosa pertenecía á un heredero ó legatario y es adquirida por un tercero, sólo será válido el legado si el testador, al hacerlo, sabía que la cosa era ajena (art. 861); si pasa al testador, véase el art. 862; y si pasa al legatario beneficiado con ella, véase el art. 878 Si siendo propia del testador la enajenase, véase el art. 869.

B) *Cosa ajena en parte.*—Cuando la cosa no pertenece en su totalidad al testador, correspondiéndole solamente una participación en el dominio (comunidad), ó un derecho distinto al dominio, al legarla dicho testador, se presume que sólo quiso legar la parte ó el derecho que le corresponde.

En tales casos, el testador puede hacer el legado en tres formas distintas: 1.ª Lego á D. la mitad proindiviso de la heredad del Espino, ó la nuda propiedad que me corresponde en la misma heredad. Bajo esta forma, el legado, limitado al derecho que en la cosa corresponde al testador. se cumple sin dificultad alguna. 2.ª Lego á D. la heredad del Espino. En este caso se aplica el art. 864, y se entiende que el legado se limita á la mitad proindiviso, á la nuda propiedad, al dominio directo ó útil; en suma, á la parte ó al derecho que en la finca tenía el testador. Aunque éste con posterioridad adquiera la totalidad de la cosa y se conserve entre sus bienes en la época del fallecimiento, entendemos que el legado ha de seguir circunscrito á la parte

que en dicha cosa correspondía á ese testador, pues la ley presume siempre que sólo esa parte quiso legar. 3.ª Lego á D. el dominio directo que me pertenece en la heredad del Espino, y el dominio útil de la misma que pertenece á B., ó lego á G. toda la heredad del Relumbrar, en la que sólo tengo la mitad proindiviso. Esta es la verdadera declaración expresa de legar la cosa por entero; este es el caso de excepción en el art. 864; no hay presunción, hay una regla fija; se lega lo propio y lo ajeno, y el legado vale en su totalidad.

Pueden presentarse casos dudosos. Si el testador lega *toda* la heredad del Espino, y en ella sólo le corresponde la nuda propiedad ó dos terceras partes, ¿se entenderá que existe declaración *expresa* de legar la cosa por entero, como exige el art. 864? El art. 681 del proyecto de Código de 1851 no daba lugar á esta duda, pues con más claridad en la expresión decía: «Cuando el testador, heredero ó legatario sólo tenga cierta parte ó derecho en la cosa legada, se restringirá el legado á esta parte ó derecho, si el testador no declaró *expresamente que sabía ser la cosa parcialmente de otro, y que, no obstante esto, la legaba por entero.*» Lo mismo sustancialmente previenen el art. 849 del proyecto de Código de 1882, el 3549 del de Méjico, el 839 del de Italia, el 1110 del de Chile y el 1168 del de Colombia, y lo mismo entendemos que determina nuestro art. 864, el cual exige que conste con claridad en el testamento, y no por otro medio de prueba, la voluntad de legar lo propio y lo ajeno. No basta, según esto, que el testador legue la cosa por entero: es menester que declare *expresamente* que esa es su voluntad; esto es, que á sabiendas de su derecho limitado exprese de un modo claro que quiere legar *toda* la cosa ó el dominio de ella. Siempre debe presumirse que el testador quiere sólo legar lo que le pertenece; mas al fin, siendo la cosa ajena en su totalidad, como cada cual es natural suponer que sabe lo que es suyo, pudo tener la intención de dar una cosa no suya, y de aquí que se admita la prueba al legatario; mas cuando el testador tiene una parte ó un derecho en la cosa, la duda sobre la extensión de su derecho es más

verosímil; el testador no se equivoca por completo, y debe siempre suponerse que sólo quiso legar lo suyo, á no manifestar expresamente lo contrario. No encontramos esta expresa manifestación cuando el testador sólo dice que lega *toda* la cosa, por lo que en tal caso, si le corresponde un derecho sobre toda la cosa, debe entenderse que sólo ese derecho quiso legar; y si le corresponde una parte, que es cuando realmente queda cierta duda, deberá probarse que el testador sabía pertenecía la cosa parcialmente á otro, pues aunque esta prueba no la exige el art. 864, es necesaria para completar la deficiente expresión del testamento.

¿Qué diremos en el caso de procederse á la división de una cosa poseída en común por el testador con otras personas y legada por él? La división posterior al testamento no influye cuando el legado se hace en la primera ó en la tercera de las formas expresadas. En la primera, á la porción proindivisa legada sustituirá la porción determinada que en la división correspondió al testador. En la tercera, proindivisa ó dividida, el testador quiso legarlo todo, y todo corresponde al legatario, ya en la misma cosa, ya en la estimación respecto á la parte que no pertenecía al testador. Tampoco debe influir la división cuando se emplea la segunda forma, porque dada la doctrina legal, el legado se limita á la parte de la cosa propia del causante: parte indivisa, si no se hizo la división; determinada si ésta llegó á verificarse.

Puede ocurrir que no siendo fácil la división, se adjudique la cosa en su totalidad al testador ó á otro partícipe. En el primer caso se trata de una adquisición posterior al testamento que no influye en las formas primera y tercera, pues siempre el legado seguirá limitado á la parte expresamente legada, ó extendida á toda la cosa, con mayor razón, si toda pertenece al testador. En la segunda forma, la regla de que sólo se entienda legado lo que al causante correspondía, obliga á adoptar la misma solución.

En el segundo caso, ó sea cuando, legada una participación

indivisa, la cosa por entero se adjudica á tercera persona, el legado dispuesto en las formas primera y segunda queda sin efecto, porque después de hecho, el testador se ha desprendido de la cosa y debe aplicarse el art. 869. Mas la especialidad de la forma tercera y la voluntad que indica, motivan en su caso otra solución algo rara: el legado queda sin efecto en cuanto á la parte que en la cosa tenía el testador por la razón antes apuntada, y es válido en cuanto á la parte restante, que como ajena se legaba, y ajena sigue siendo.

Legada una finca en la que al causante sólo pertenecía la nuda propiedad, si el usufructo se extingue antes del fallecimiento del testador, pasa el dominio de dicha finca al legatario, pues la nuda propiedad lleva consigo el derecho de reincorporarse al usufructo cuando éste legalmente se extinga.

La ley equipara las cosas propias del heredero ó de un legatario á las cosas propias del testador, como se ve en los artículos 863 y 864; el testador dispone de lo que pertenece á ese legatario ó heredero, si aceptan la sucesión, como de lo suyo propio. De aquí que hayan de aplicarse las mismas reglas antes expresadas cuando el testador legue cosas en las cuales sólo tengan una parte ó un derecho el heredero ó algún legatario. En estos casos, cuando por declarar expresamente el testador que quiere legar la cosa por entero, haya de cumplirse el legado en su totalidad; en cuanto á la parte ó derecho pertenecientes al heredero ó legatario, éstos, á su elección, entregarán su participación en la cosa ó el valor en que se aprecie; y en cuanto á la parte ó derecho pertenecientes á un tercero, deberá adquirirse, á ser posible, y entregarse al legatario, y sólo cuando no exista esa posibilidad se pagará su justa estimación.

Códigos extranjeros.—Nos referimos á lo expuesto en el comentario. Francia, Bélgica y Guatemala no admiten el legado de cosa ajena, ni se refieren al legado de cosas propias del heredero ó de un legatario. Italia, dando un paso más, admite ese legado, pero exige que resulte del mismo testamento que el testador sabía que legaba lo que no era suyo. La misma doctrina se

deduce del Código de Chile, que además considera válido el legado si se hace á un descendiente ó ascendiente legítimo, ó al cónyuge. Por último, los Códigos de Portugal y Méjico aceptan la doctrina que el nuestro.

ARTÍCULO 865

Es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio.

Las leyes 12 y 15 del tít. 9.°, Partida 6.ª, permitían legar las cosas nacidas y por nacer, las corporales y las incorporales, y la ley 13 del mismo título y Partida expresaba las cosas que no podían ser legadas. De dicha ley 13 viene á ser resumen el artículo 1105 del Código de Chile, según el cual no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada, ni los de cosas que sean de propiedad nacional ó municipal y de uso público, ó formen parte de un edificio de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo, á menos que la causa cese antes de deferirse el legado, ni los de cosas pertenecientes al culto divino.

El art. 865 prohibe legar las cosas que están fuera del comercio.

Según Azcárate, «la exclusión de ciertas cosas del comercio no se entiende del mismo modo por los legisladores ni por los tratadistas; pues cabe interpretarla de tres modos distintos. Según unos, se quiere significar que hay cosas que no son susceptibles de entrar en concepto alguno en la relación de propiedad; según otros, que las hay que no pueden formar parte de un patrimonio particular; y algunos, finalmente, consideran de esa condición los bienes que por disposición de la ley son inalienables. Conforme al primer sentido, están fuera del comercio las cosas *comunes*, como el aire, el agua, la luz, la alta mar. Conforme al segundo, se hallan en aquel caso las cosas comunes, y además, *las públicas*, esto es, las que son propiedad de la nación, de las provincias ó de los pueblos, sin constituir su patrimonio, como caminos, canales, puertos, calles, etc. Conforme al tercero,

están fuera del comercio todas aquellas cuya enajenación veda la ley por uno ú otro motivo, como sucedía con las sagradas, religiosas y santas en derecho romano, el patrimonio de la Corona, etc.»

Teniendo en cuenta que las cosas *nullius* son susceptibles de propiedad privada, y sin embargo, no pueden ser legadas, creemos el sentido más propio y la significación más natural de la frase «estar fuera del comercio», en el art. 865, la tercera de las expresadas por el Sr. Azcárate. Las cosas que están en el comercio de los hombres, son aquellas que se pueden comprar y vender, donar, permutar, etc., las que se pueden *transmitir* de unas á otras personas individuales ó colectivas, aquellas de que dichas personas pueden disponer por constituir parte de su patrimonio particular, por haber sido ya apropiadas y haber quedado sometidas á su poder.

No podrán, pues, legarse, por no estar en el comercio, las cosas siguientes:

A) Las comunes, aire, luz, electricidad, alta mar, etc.

B) Las de dominio y uso público, comprendidas en el número 1.° del art. 339.

C) Las de uso público en las provincias y en los pueblos, á que se refiere el párrafo 1.° del art. 344.

D) Las cosas *nullius*, pues no perteneciendo á nadie, por nadie se pueden transmitir.

E) Los bienes que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común y están destinados á algún servicio ó al fomento de la riqueza nacional, como las murallas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión (núm. 2.° del art. 339).

F) Los bienes cuyo aprovechamiento comunal está reservado á los vecinos de los Municipios. Se diferencian de los expresados en la letra *C*., porque en ellos el disfrute ó aprovechamiento pertenece exclusivamente á los vecinos del respectivo pueblo, y no á todos los que habitual ó accidentalmente residan en él.

G) Los bienes del patrimonio de la Corona, mientras conserven este carácter y sean considerados como inalienables.

H) Todos los demás bienes que en las leyes por que se rijan respetadas por el Código civil, gocen también del privilegio de ser considerados como inalienables. En este grupo pueden desde luego incluirse las cosas nombradas de derecho divino, tanto espirituales como corporales, en sus clases de sagradas y religiosas. Las que forman el patrimonio de la Iglesia, las que podemos llamar propiedad privada de sus individuos ó corporaciones, no están comprendidas en esta excepción.

I) Por imposibilidad material, pueden estimarse también como fuera del comercio, las cosas que formando parte de un edificio, no pueden separarse de él sin deteriorarlo.

Si la cosa al legarse no estaba fuera del comercio y después fué exceptuada del mismo, el legado queda sin efecto, con arreglo al núm. 3.° del art. 869.

Del art. 865 se deducen las cosas que pueden ser legadas, que serán todas las no comprendidas en la exclusión, cosas, derechos (reales ó de obligación), ó hechos, todo cuanto puede proporcionar al hombre utilidad.

Códigos extranjeros.—Aunque no todos en la misma forma, el precepto de nuestro art. 865 es aceptado en todas las legislaciones. Algunas no lo expresan, sin duda, por considerarlo innecesario.

ARTÍCULO 866

No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona.

Si el testador dispone expresamente que la cosa sea liberada de este derecho ó gravamen, valdrá en cuanto á esto el legado.

Los precedentes legales de este artículo guardan mayor relación con el 878, que se refiere al mismo supuesto, previendo circunstancias posteriores al acto de legar.

Continúa el legislador en el art. 866 la doctrina referente al legado de cosa ajena, ocupándose de un caso especialísimo: aquel en que la cosa, al tiempo de hacerse el testamento, era ya propia del mismo legatario á quien se lega.

El supuesto es esencialmente distinto al del art. 863. En éste, el testador lega la cosa de un legatario á otro; en el 866 lega la cosa de un legatario al mismo á quien ya pertenece. De aquí nace una solución diametralmente opuesta: tal legado no produce efecto, supiera ó ignorara el testador esa circunstancia. Quiso que la cosa se entregase al legatario, y ya la tiene, no puede obtenerla dos veces. Además, no pudiendo sospecharse una burla en el acto de testar, ha de suponerse que el testador ignoraba que la cosa perteneciese al legatario, y que si lo hubiera sabido no la habría legado. Creemos que no es otro el fundamento de la disposición.

Pueden presentarse al aplicar el art. 866 cuatro casos distintos:

a) La cosa ó el derecho pertenece en su totalidad al legatario á quien se le lega.

b) El dominio pertenece al legatario, pero se halla gravado ó limitado en favor de otra persona.

c) Al legatario sólo le pertenece una parte de la cosa ó derecho legados.

d) Al legatario sólo le pertenece un derecho limitado sobre la cosa cuyo dominio es de un tercero.

El art. 866 preve los dos primeros casos; no así los dos últimos.

a) *Dominio absoluto del legatario sobre la cosa que se le lega.*— La regla es clara: el legado carece de efecto. Puede ocurrir que al tiempo de morir el testador la cosa no perteneciese ya al legatario; mas el resultado es el mismo. El art. 866 dispone en absoluto: que cuando la cosa sea propia del legatario *en el momento de testar*, no vale el legado, y ha de aplicarse la regla, sean las que fueren las circunstancias posteriores, siga ó no en poder del legatario el objeto legado. Sólo puede exceptuarse el

caso en que la cosa haya pasado al dominio del testador y siga en su poder al tiempo de su fallecimiento, ya por el precepto del párrafo 2.º del art. 862, ya porque la adquisición por el testador supone la voluntad en éste de que el legado se realice, pues enterado de no ser suyo el objeto que legó, procuró adquirirlo.

b) Cosa propia del legatario gravada á favor de un tercero.—Puesto que se lega la cosa, la solución es la misma que en el caso anterior. El art. 866 dice que el legado no producirá efecto aunque en la cosa tuviese algún derecho otra persona; pero habla de cosa *propia* del legatario, y supone el párrafo 2.º que ese derecho de un tercero, que para el legatario representa un gravamen, puede ser objeto de liberación. Luego aquí no se trata de una cosa poseída en común, ni de una cosa que pertenezca á tercero, teniendo sobre ella algún limitado derecho el legatario. La cosa está gravada con un derecho de prenda, de retención, de hipoteca, de anticresis, de censo, de servidumbre, hasta de usufructo, uso ó habitación, mas su dueño es el legatario; tiene al menos el dominio útil ó la nuda propiedad. Si el testador dispone expresamente que la cosa sea liberada de ese derecho ó gravamen, valdrá en cuanto á esto el legado, esto es, el heredero ó la persona obligada al legado pagará la deuda, redimirá el censo ó la servidumbre, procurará la reunión de los derechos separados, y como esto significa una dación útil, independiente de la propiedad limitada que correspondía al legatario, claro es que encierra un legado válido, con arreglo al principio formulado en el art. 861.

c) Cosa poseída en común por el legatario y otras personas.—El artículo 866 no resuelve este caso, que encierra una cuestión mixta. En cuanto á la parte proindiviso que en la cosa pertenece al legatario, el legado no produce efecto alguno. En cuanto á la parte perteneciente á otras personas, el legado sólo será válido (arts. 861 y 862) cuando el testador manifieste saber, ó se pruebe, que sabía que legaba una cosa ajena. Si la cosa se poseyese en común por el legatario y el testador, ó por el legata-

rio y un heredero ú otro legatario (art. 864), el legado valdría en cuanto á la parte no perteneciente al legatario á quien se lega.

d) Cosa propia de un tercero gravada á favor del legatario.—Es un caso contrario al segundo, y deben aplicarse los artículos 861 al 864. El gravamen á favor del legatario no altera la cuestión.

Códigos extranjeros.—Concuerda nuestro art. 866 con los 3570 y 3571 del Código de Méjico, y 3390 y 3391 del de la Baja California. El 843 del Código de Italia contiene el primer párrafo, y guarda relación con el 1106 del Código de Chile.

ARTÍCULO 867

Cuando el testador legare una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará á cargo del heredero.

Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.

Cualquiera otra carga perpetua ó temporal, á que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia.

ARTÍCULO 868

Si la cosa legada estuviere sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan.

Tratan estos artículos del legado de cosas *propias del testador*, pero afectas á alguna carga ó gravamen. Estas cargas pueden distribuirse en tres grupos: 1.°, prenda ó hipoteca; 2.°, usufructo, uso ó habitación; 3.°, otras cargas de naturaleza perpetua ó temporal que envuelvan el pago de rentas ó intereses, réditos ó pensiones.

1.° *Cosas empeñadas ó hipotecadas.*—Habla el art. 867 en sus

párrafos 1.º y 2.º de cosas empeñadas ó hipotecadas, pero ha de aplicarse en general el precepto á todos los gravámenes que signifiquen garantía ó afianzamiento real en seguridad de deudas exigibles, y por tanto, no sólo á las cosas gravadas con prenda ó hipoteca, sino también á las afectas á un derecho de anticresis ó de retención.

En tales casos es perfectamente separable el derecho real del derecho de obligación y la ley lo separa. El testador era el deudor, y por su muerte pasa á serlo su heredero: éste es personalmente responsable al cumplimiento de la obligación: á él corresponde dar ó hacer. El testador quiere que la cosa gravada quede libre en poder del legatario.

No es este el criterio que dominaba en las leyes de Partida, ni el uniformemente aceptado en los Códigos modernos.

La ley 11, tít. 9.º, Partida 6.ª, distinguía en el legado de cosa gravada con prenda ó hipoteca, el caso en que el testador conociese el gravamen, de aquel en que lo ignorase. En el primer caso, el heredero debía siempre pagar al acreedor y entregar la cosa libre al legatario. En el segundo, si la cosa se hallaba gravada, por tanto ó más de lo que valiere, la deuda era también á cargo del heredero, y si el gravamen era inferior á ese valor, la deuda era á cargo del legatario.

Los Códigos de Italia y Méjico aceptan la doctrina que el nuestro; pero los de Portugal, Chile, Colombia, Guatemala y República Argentina, disponen que la cosa legada pase al legatario en todo caso con el gravamen á que estuviese afecta, siendo, por tanto, obligación suya, y no del heredero, el pago de la cantidad con que se gravó. El Código de Francia, art. 874, ordena lo mismo; mas el art. 1020 declara que al pagar el legatario se subroga en los derechos del acreedor contra el heredero.

Nuestro art. 867 habla de prenda ó hipoteca en garantía de deudas exigibles. El legislador no ignora que en muchas ocasiones el legatario se verá forzado á pagar judicial ó extrajudicialmente al acreedor, si no quiere perder su legado. Y para este caso establece el art. 867 que el legatario queda subrogado en el

lugar y derechos del acreedor para reclamar por acción personal contra el heredero. Si éste es insolvente, el legatario tendrá que verificar el pago sin esperanza de resarcirse; pero la naturaleza del gravamen no admite otra solución, sin perjuicio de poder ejercitar las acciones que procedan. Si no es insolvente, podrá admitir en garantía del reintegro una hipoteca sobre fincas del heredero ó herederos, ó exigir fianza ú otra seguridad. Si se trata de herederos forzosos, la doctrina no se altera, porque el pago de las deudas es preferente al de las legítimas.

Es evidente que en el art. 867 se trata del legado de cosas propias del testador empeñadas ó hipotecadas por él en seguridad de deudas del mismo testador. Por extensión, será aplicable igual doctrina al caso en que la deuda sea de un tercero, y puedan ser obligados á pagar los herederos como fiadores en representación del difunto. Mas lo que no puede admitirse es la opinión de un apreciable comentarista, de que ese artículo se refiere á toda cosa empeñada ó hipotecada, propia del testador ó propia de un tercero, ya gravada por aquél, ya en favor suyo. Obsérvese que se declara sin distinciones que el pago de la deuda quedará á cargo del heredero, y ¿cómo cabe pensar que se imponga al heredero la obligación *de pagar* deudas de un tercero en favor del testador, y, por tanto, de ese mismo heredero? En ese caso habrá créditos que cobrar, no deudas que pagar.

Esto no quiere decir que el testador no pueda legar la prenda ó la hipoteca que exista á su favor, sino que el art. 867 no se ocupa de tal supuesto. El art. 871 trata del legado de prenda hecho al mismo deudor. Si los derechos de prenda ó hipoteca se legan á un tercero, será con el crédito ó derecho que garantizan; pues de otro modo, si fuesen los herederos los que hubiesen de cobrar, serían derechos completamente inútiles para el legatario; accesorios que no pueden vivir sin lo principal.

También puede el testador favorecer á un legatario, creando en su favor y contra los herederos ú otro legatario, un derecho de prenda ó hipoteca sobre bienes de la herencia, en garantía de alguna prestación: caso tampoco comprendido en el art. 867.

Puede, por último, legar esos derechos, cuando sean propios de algún legatario ó heredero.

El mismo comentarista aludido sostiene que el legislador se olvida en el art. 867 de que también pueden ser gravados con legados los legatarios, y que si el testador encomendase la entrega de la cosa hipotecada á un legatario, éste sería el obligado al pago de la deuda, y no el heredero, aunque el testador no lo manifestase expresamente. No concebimos como real el supuesto á que se alude. Puede desde luego el causante gravar expresamente con la deuda á un solo heredero, al mismo legatario á quien destina la cosa, ó á un legatario distinto; pues ante todo, ha de respetar su expresa voluntad. Mas no siendo así, y tratándose de cosas propias del testador, los herederos, como sucesores en las obligaciones del difunto, serán siempre los obligados al pago de la deuda, como terminantemente afirma el artículo 867. Se concibe que el testador legue á un tercero la cosa propia de un legatario é hipotecada por éste á favor de otro tercero, y que en tal caso, sin necesidad de expresarlo, siga siendo ese legatario el deudor personal obligado al pago de su propia deuda. Lo que no se concibe es que el testador designe un legatario extraño para la entrega de cosas propias de ese testador, sin más aclaración, porque si es que quiere gravarle con algo, por ejemplo, con la deuda, lo dirá de un modo expreso. Pero en fin, si nada dijese, y no obstante, encargase el cumplimiento del legado en abstracto á un legatario, el pago de la deuda sería carga de los herederos, porque el legado puede cumplirse en la forma que el art. 867 prescribe, sin que se observe la necesidad de que ese legatario se convierta tácitamente en deudor directa y personalmente responsable con el acreedor.

La cosa legada puede hallarse afecta á obligaciones del causante que no constituyan deudas exigibles, por ejemplo, fianza para el buen desempeño de un cargo, profesión, comisión, etc. La regla de los párrafos 1.º y 2.º del art. 867 no es aplicable, porque no existe en realidad deuda exigible, y por ello estimamos que la cosa (finca, efectos públicos, depósito en metálico, et-

cétera) ha de pasar al legatario con el gravamen que la afecte, en virtud de dicho párrafo 3.°, como luego se dirá, y por tanto, que si resulta algún alcance ó responsabilidad y se hace efectivo sobre los objetos especialmente afectos y legados, el daño recaerá en ese legatario. No desconocemos que la cuestión es dudosa; mas para nosotros, las palabras cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna *deuda exigible,* equivalen á las de empeñadas ó hipotecadas en garantía de préstamo, ó afectas al pago de cantidades debidas; y esto no es aplicable al caso antes dicho, pues no existe deuda exigible cuando el gravamen asegura sólo el fiel cumplimiento de obligaciones anejas á un cargo. Además, no debe extenderse la excepción á costa de la regla general, de que el gravamen sigue á la cosa que grava.

2.° *Cosas gravadas con usufructo, uso ó habitación.*—Estos derechos habrán de respetarse por el legatario, según el art. 868, hasta que legalmente se extingan. El precepto es natural y lógico. El derecho del legatario lleva consigo la facultad de reincorporarse el usufructo, el uso ó la habitación cuando legalmente se extingan; mas mientras subsistan, no hay más remedio que respetarlos.

Lo que el art. 868 establece respecto al usufructo, lo creemos aplicable también á las servidumbres; cargas que por su naturaleza deben incluirse mejor en este grupo que en el siguiente.

Claro es que el testador puede constituir en su testamento un derecho de usufructo, uso, habitación ó servidumbre, como puede separar los dominios directo y útil, y legar cada uno de estos derechos á distintas personas, constituir arrendamientos, etcétera; pero el art. 868 no alude á esos legados, sino á los de cosas propias del testador gravadas con esos derechos. Véanse los arts. 508 y 510.

3.° *Cosas afectas á otros gravámenes de naturaleza perpetua ó temporal.*—Del párrafo 3.° del art. 867 se deduce que se refiere, aunque en general á todo gravamen, más especialmente á aquellas cargas que llevan consigo el pago de rentas ó intereses, ré-

ditos ó pensiones. En este grupo deben incluirse los censos en sus diferentes especies y derechos similares, las pensiones aseguradas con bienes, sean perpetuas, vitalicias ó temporales, las cargas piadosas aun no conmutadas ó redimidas, y hasta el arrendamiento, si se lega este derecho y ha tomado el carácter de real. Aquí, con la cosa ó el derecho legado, pasa el gravamen que les afecta, que, en realidad, es inseparable. El legatario seguirá pagando los réditos del censo, la renta del arrendamiento, las pensiones, etc., á partir de la muerte del testador. Lo que por tales conceptos se deba hasta entonces es una deuda hereditaria, y, como tal, carga de la herencia.

Pero si no se pagan esos réditos anteriores, peligra el derecho del legatario, por lo que podrá satisfacerlos él, y subrogarse en los derechos del acreedor, para poder reclamar contra el heredero.

Otro tanto decimos respecto al pago de la contribución territorial por fincas rústicas, cultivo y ganadería, ó por edificios y solares.

En realidad, toda carga real distinta á la prenda ó hipoteca en garantía de deudas exigibles, produzca ó no rentas, intereses, etc., sigue la regla general del último párrafo del art. 867.

El testador puede disponer que se entregue la cosa libre, y en tal caso, respetando su voluntad, se procurará la liberación del gravamen, y, no siendo posible, se pagará su justa estimación.

Códigos extranjeros.—Concuerdan los arts. 867 y 868 con los 3554, 3556, 3557 y 3558 del Código de Méjico, y los 878 y 1033 del de Italia.

Los Códigos de Portugal, art. 1845; Guatemala, 882; Chile, 1193, y República Argentina, 3755, disponen en general que la cosa legada pase con el gravamen al legatario.

ARTÍCULO 869

El legado quedará sin efecto:

1.º Si el testador transforma la cosa legada, de

modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

2.º Si el testador enajena, por cualquier título ó causa, la cosa legada ó parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto á la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado á pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860.

Casos en que el legado queda sin efecto. — El Código suspende la materia relativa á las cosas especiales que pueden legarse, y se ocupa en este artículo de los casos en que el legado queda sin efecto.

Trataremos de ellos por el orden en que los enumera la ley, haciendo constar previamente ciertas consideraciones generales.

En primer lugar, hay que tener presente que el artículo no se refiere á legados nulos, sino á legados perfectamente válidos que por circunstancias especiales y posteriores al acto de su disposición quedan sin efecto. Aun así hay que confesar que los casos señalados en el art. 869 no son los únicos en que los legados pierden su eficacia.

En segundo lugar, el citado artículo no puede aplicarse á toda clase de legados.

Los números 1.º y 2.º indican con toda claridad que se trata de cosas *propias* del testador, y *determinadas*, aunque sólo sea por su relación de propiedad con el patrimonio del causante. La transformación ó enajenación del objeto legado propio de un

tercero ó de un heredero ó legatario no se comprende en este artículo, y produce, según los casos, diversos efectos, que en cuanto á la enajenación quedan estudiados en el comentario de otros artículos, y principalmente en el de los 861 al 864, 866 y 878; y en cuanto á la transformación, no se hallan previstos en el Código, aunque entendemos que deben quedar igualmente sin efecto por analogía con lo dispuesto en este art. 869, y la dificultad ó imposibilidad de cumplirlos. Respecto á las cosas muebles genéricas, no cabe hablar de enajenación ni de transformación, pues siempre han de existir en la herencia ó fuera de la herencia (art. 875).

Si el testador lega cosas *propias*, aunque sólo bajo ese carácter de propiedad se determinen, y lo mismo cuando lega genéricamente bienes *inmuebles*, ha de entenderse, en virtud de este artículo y del 875, que el legado queda sin efecto cuando el testador enajena ó transforma todas las cosas propias del género legado, pues exigiéndose como requisito por el testador respecto á las cosas muebles, ó por el legislador (art. 875), respecto á las inmuebles, esa relación de propiedad ó esa determinación que la propiedad comunica, el cumplimiento del legado es imposible cuando tales cosas propias no existen. Aplicaremos esta regla hasta en los legados de cantidad, siempre que el testador exija que esa cantidad se entregue de lo que á él le pertenece.

El núm. 3.º del art. 169 admite aún mayor extensión: cabe aplicarlo á cosas propias del testador, de un heredero ó legatario, y aun de tercero, y á toda cosa determinada individual ó colectivamente, ó por su relación de propiedad, si todas las cosas propias del género legado perecieren. Sólo es imposible su aplicación á las cosas muebles legadas genéricamente en abstracto, ó sin determinación alguna, salvo en lo relativo á su género ó especie.

Veamos los casos que señala el artículo.

I.—Transformación de la cosa legada después de hecho el legado

El testador, después de legar la cosa, la *altera* de tal modo, que no conserva su forma ni su denominación.

La ley supone un cambio en la voluntad del testador, y se funda para declarar sin efecto el legado, no sólo en ese cambio de voluntad, más ó menos discutible, sino además en la dificultad de determinar casi siempre cuál fué la cosa que se legó, ó en la imposibilidad de cumplir el legado tal como el causante lo ordenó.

No basta alterar la forma si el objeto sigue conociéndose con el mismo nombre, ni alterar la denominación si el objeto conserva su forma.

La forma la constituyen los accidentes exteriores del objeto: la figura, el aspecto, el color, la consistencia ó densidad, etc. La denominación es el nombre con que el objeto es por todos conocido, según su naturaleza y clase: mesa, sortija, tierra, laguna, barco, etc.

Hay bienes que no son susceptibles de transformación, como los semovientes: viven, se inutilizan más ó menos, ó mueren, siguiendo ó no en poder del testador; mas no cambian de nombre ni de forma, por regla general. Los bienes fungibles podrán ó no consumirse, mezclarse ó alterarse su calidad, mas tampoco se prestan á la transformación, aunque se leguen, determinándolos por su relación de propiedad.

Para la interpretación de este primer número del art. 869 añadiremos sólo algunos ejemplos.

El testador lega una laguna de su propiedad ó el derecho de pescar en ella. Después, deseca la laguna y, convertida en terreno, los destina á siembra. Ha alterado la forma, y se ha cambiado la denominación de la cosa: el legado queda sin efecto,

Se lega una sortija, y el testador después manda fundir el aro y separa las piedras preciosas para formar con otras pie-

dras ó metales unos pendientes ó un alfiler: el legado no puede subsistir.

El propietario de una barcaza, después de legarla, la descompone, mandando construir puertas, ventanas, mesas ó estantes. Hay una tranformación que impide el cumplimiento del legado.

Unas cortinas se destinan á tapizar una sillería, un vestido se hace pedazos para convertirlo en fundas de almohadones, una estatua de bronce se funde para hacer una tubería, con la lana legada se teje una manta, etc. También quedará sin efecto el legado.

El simple embellecimiento de la cosa no la transforma. La lujosa encuadernación de un libro, la terraza de una finca de recreo, la verja, los mosaicos ó las estatuas aumentadas en un palacio, el muro de un estanque, etc., amplían el legado, no le dejan sin efecto.

Cuando se trate de adiciones hechas en la cosa, hay que tener en cuenta su importancia y su efecto, como veremos al comentar el art. 883.

Si el testador lega varias onzas ó varias monedas de oro determinadas, y á su fallecimiento resulta que una de aquéllas sirvió, conservando su forma, para hacer un alfiler, ó dos ó más de éstas para construir, poniéndoles armadura, unos pendientes, no existe verdadera alteración de forma, sino adición ó aumento, y estimamos subsistente el legado, con ó sin lo adicionado, según que deba ó no considerarse como un accesorio. Lo mismo ha de entenderse cuando se legue una piedra preciosa, aunque ésta sea incorporada después á un collar, sortija, etc.

La doctrina del núm. 1.º del art. 869 se halla conforme con lo que disponía la ley 42, tít. 9.º, Partida 6.ª

II.—Enajenación de la cosa legada con posterioridad al testamento

La ley 2.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, admitía desde luego que el legado quedaba sin efecto cuando el testador, después de hacerlo, enajenaba por cualquier título la cosa legada, porque debía entenderse que lo revocaba de hecho.

En las Partidas, el Rey Sabio cambió esta doctrina, por considerar que la enajenación á título gratuíto por el testador de la cosa legada, indicaba evidentemente cambio en su voluntad y revocación del legado; mas la enajenación de la misma cosa por título oneroso debía entenderse que obedecía más bien á la necesidad de desprenderse del objeto por escasez ó falta de recursos, y no á la voluntad de revocar, á no ser que pudiese probarse lo contrario; doctrina contenida en las leyes 17 y 40 del tít. 9.º, Partida 6.ª

El Código no hace dicha distinción: en el núm. 2.º del artículo 869 se refiere á un legado de cosas propias del testador, que éste enajena voluntaria y válidamente, por cualquier título ó causa, después de haberlas legado, y declara que tal legado queda sin efecto.

Este caso se funda en la presunta voluntad del testador. Si éste, después de legar, se desprende de la cosa por título lucrativo ú oneroso, hace desaparecer su derecho sobre ella, dando lugar á la presunción de que ha cambiado de voluntad, y no quiere que el legado se cumpla. Mas para que pueda presumirse esa voluntad, es necesario que medien actos del testador que la indiquen. Si la pérdida del derecho sobre la cosa ha sido independiente de la voluntad del testador, el legado podrá quedar sin efecto, mas no en virtud del núm. 2.º del art. 869, que exige siempre actos voluntarios de enajenación por parte del mismo testador.

De aquí se deduce y establece el mismo artículo las siguientes consecuencias:

A) Si el testador enajena sólo una parte de la cosa, el legado subsiste sobre la parte que no enajenó. Si, pues, vende ó dona la mitad de una finca, queda sin efecto el legado solamente respecto á dicha mitad.

Toda constitución de derecho real, toda limitación de dominio que voluntariamente se impone el testador, equivale á una enajenación parcial, á una disminución del valor en el objeto legado, y el legatario recibirá la cosa con esa limitación. Así, si cede el usufructo de la finca legada, si impone sobre ella un censo ó una servidumbre, el legado queda reducido ó limitado por la voluutad del testador, llevando la cosa consigo el gravamen que se le impuso, como también determina el art. 867. Mas en caso de prenda, hipoteca ó anticresis en garantía de deudas exigibles, la ley, en dicho artículo, separa la deuda de su garantía, y aquélla, como obligación personal, la impone á los herederos, según hicimos observar en su lugar.

Las enajenaciones realizadas por el testador con condición suspensiva ó resolutoria afectan al legado con la misma condición. El testador manifestó su voluntad; pero al no enajenar puramente, ha de presumirse que ni quiso revocar el legado, ni mantener en absoluto su eficacia, sino que lo dejó pendiente del cumplimiento ó incumplimiento de la condición. ¿Se cumple la condición suspensiva? Pierde el legatario la cosa legada. ¿Se cumple la condición resolutoria? Pues, como en el caso de venta con pacto de retro, el legado resulta eficaz. Puede equipararse este caso al de enajenación parcial de la cosa ó del derecho sobre ella.

B) El testador, que enajena el legado voluntariamente, demuestra que quiso anularlo. Poco importa que después vuelva á adquirir la cosa por cualquier circunstancia ó motivo: el legado quedó sin efecto y no revive: hechos posteriores no desvirtúan el cambio ya realizado en la voluntad del testador, si bien éste podrá restablecerlo por otro acto posterior de última voluntad.

Se trata del caso de una enajenación pura y total, ó si fuere

parcial, de la parte enajenada en absoluto. Esto no se opone á la conservación del legado respecto á la parte de la cosa ó respecto al derecho que el testador se reservó (nuda propiedad, dominio útil ó directo, servidumbre, conservación pura del derecho ó derecho de readquirir, mediante el cumplimiento ó incumplimiento de condiciones).

Así, en caso de venta ó adjudicación con pacto de retro, el testador demuestra que no quiere desprenderse de la cosa, ni, por tanto, anular el legado. Si no puede readquirirla, resultará enajenada y perdida; pero si la readquiere, no puede ser más evidente que el testador no quiso desprenderse de lo que legó. Ya hemos dicho que en el fondo ocurre lo mismo en toda enajenación con condición resolutoria: la voluntad contraria sólo se manifiesta en una forma condicional.

Del mismo modo, si la enajenación fué voluntaria y absoluta, el legado no recobra después su fuerza, aunque la cosa vuelva al dominio del testador por nulidad del contrato, porque esa nulidad no altera la presunción de haber querido el causante revocar el legado; mas, como observa un comentarista, si la nulidad se funda en hallarse viciado el consentimiento del testador, por error, miedo, fuerza, etc., como en realidad no hubo voluntad de enajenar, el legado no debe entenderse caducado.

Tenemos conocimiento de un caso práctico relacionado con este artículo. J. legó á uno de sus hijos las trece onzas de oro que sirvieron de arras en el matrimonio del causante. Muchos años después, estimulado por sus mismos hijos, que ignoraban el contenido de su testamento, repartió entre ellos las citadas trece onzas.

Al morir el testador, el legatario reclamaba su legado, fundándose en que trece onzas son perfectamente sustituibles por otras trece ó por su valor. A pesar de esto, estimamos que el legado había quedado sin efecto, porque no se legaron trece onzas, una cantidad ó un género, sino las trece que sirvieron de arras y cuidadosamente conservaba el testador, esto es, objetos determinados, que el testador donó después á todos sus hi-

jos, como constaba al mismo legatario, siendo aplicable el número 2.º del art. 869.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 1901 se tratata, entre otras, de una cuestión relacionada con este número del art. 869. Un testador dispuso varios legados en favor de una sobrina suya, con condición de que pasasen á los parientes de aquél si la legataria fallecía sin descendencia. Casó después el testador con dicha legataria, y otorgó nuevo testamento, por el que, manteniendo el anterior, dejó el usufructo de todos sus bienes á la misma si permanecía viuda. No ocurrió así; la viuda contrajo nuevo enlace, y con tal motivo suscitóse la cuestión doble, relativa á si, por virtud de la institución hecha en cuanto á todos los bienes en el segundo testamento, caducaron los legados que se ordenaban en el primero, y aun no entendiéndose así, si al contraer segundo matrimonio la heredera y legataria, habían caducado los legados como caducó la institución. El Tribunal Supremo estima que, mantenida en el segundo testamento la fuerza del primero, y siendo perfectamente compatible la institución de heredero con condición, con la disposición de legados, aun afectos á condiciones contradictorias de aquéllas, los expresados legados no perdieron su fuerza y eficacia, ni por el segundo testamento, ni por el segundo matrimonio de la legataria.

III. PÉRDIDA DE LA COSA LEGADA POSTERIOR AL LEGADO.

Sirve de precedente á este número la ley 41, tít. 9.º, Partida 6.ª

El hecho de perecer la cosa del todo, equivale á su perdida total. La pérdida posterior al testamento puede ocurrir antes ó después de morir el testador.

A) *Pérdida anterior á la muerte del testador.*—El fundamento de la disposición del núm. 3.º del art. 869, es idéntico al de los casos anteriores. La pérdida de la cosa representa, en relación

al objeto legado, lo que la muerte del legatario significa respecto al sujeto. La cosa ya no existe: el legado no puede cumplirse.

Poco importa la causa ó motivo de esa pérdida. Que la cosa sea destruída por el mismo testador ó por un tercero, que perezca naturalmente, que deje de existir por cualquier circunstancia, es indiferente: no hay cosa, no hay legado. Este es el precepto del artículo.

Claro es que se trata, como en los números anteriores, de un legado de cosa determinada, aunque puede ser ó no en este caso propia del testador. El género ó la cantidad, con las aclaraciones antes expuestas, no perecen nunca; podrá faltar esa cantidad ó ese género en la herencia, pero lo habrá en otra parte, y el legado, como veremos al comentar el art. 875, deberá cumplirse con cierta limitación respecto á los bienes inmuebles.

La pérdida de la cosa puede ser total ó parcial. El precepto del art. 869, núm. 3.°, se contrae al caso de pérdida total; mas en virtud del mismo fundamento, y por analogía con lo preceptuado en el caso de enajenación, ha de entenderse que la pérdida parcial de la cosa motiva la caducidad parcial del legado.

En los casos en que se enajene ó perezca la cosa legada en vida del testador contra la voluntad del mismo, como podrá suceder por enajenación forzosa, por venta judicial para pago de deudas ú otras responsabilidades del testador, cuando se extinga el usufructo legado ó la servidumbre por haber perecido el predio sirviente, y en algunos otros, podrá dudarse si queda ó no subsistente el legado. En nuestra opinión, quedará sin efecto, pues si no pudiera estimarse comprendido el caso en el núm. 2.° del art. 869, que estamos comentando, por haberse realizado la enajenación contra la voluntad expresa del testador, lo estará en el núm. 3.° del mismo artículo.

Podrá objetarse que en la mayor parte de esos casos no *perece* la cosa legada, requisito exigido por dicho núm. 3.° No obstante emplear el art. 869 la palabra *perecer*, estimamos que en los casos indicados queda el legado sin efecto. La idea del artículo no es precisamente que el objeto se destruya de un modo

material, que se destruya en absoluto, sino que se pierda, que perezca para el testador, que no exista en su sucesión, ó que falte después sin culpa del heredero. Bien lo evidencia la responsabilidad que en caso de evicción se impone al obligado al pago del legado; no cabe evicción por cosas materialmente destruídas. Se trata de la pérdida real ó jurídica del objeto legado, de la pérdida del derecho sobre la cosa que se legó, por la destrucción de ésta, ó por la extinción de aquél, aunque la cosa subsista.

Además, los arts. 883, 886 y otros suponen que la cosa legada existe en la sucesión, lo que indica que cuando no existe, no puede el legado ser cumplido, ya que se trata de cosas determinadas, salvo en lo relativo á la manda válida de cosa ajena.

Por tanto, si la finca legada se adjudica judicialmente á un acreedor ó se vende en pública subasta, ó por expropiación forzosa, aunque la finca no perece, el dominio del testador sobre ella, que fué lo que realmente se legó, ha perecido, y el legado queda sin efecto.

Si se lega una finca hipotecada en garantía del buen desempeño de un cargo, ó una cantidad depositada como fianza, y el testador pierde la finca ó la fianza por faltas, alcance ú otro motivo, debe estimarse caducado el legado, en virtud del núm. 3.º del art. 869.

Si el testador antes de morir se ve privado de la cosa que legó en virtud de acción reivindicatoria entablada por un tercero, ó de otra acción cualquiera que produzca el mismo efecto de arrebatarle el derecho que creyó suyo, el legado queda también sin efecto, ya en virtud del mismo art. 869, ya porque legó lo que no le pertenecía ignorando que la cosa era ajena, y debe aplicarse el precepto del art. 862.

B) Pérdida posterior á la muerte del testador.—Muerto el testador, la cosa determinada que legó pasa al dominio del legatario. Si perece, para él perece. No es propiamente que el legado quede sin efecto; es sólo que el legatario, dueño ya de la cosa, la

pierde. Los frutos que pueda haber producido esa cosa antes de su pérdida y después de la muerte del testador, son para el legatario: lo que prueba que el legado ha producido efectos.

Ahora bien: si la cosa se pierde por culpa de un heredero antes de ser entregada, pero siendo determinada por el testador ó después de determinarse entre otras por quien deba hacerlo, el heredero culpable queda personalmente obligado con el legatario á indemnizarle su valor.

La ley 41, tít. 9.º, Partida 6.ª, decía: «Si la cosa que ouiesse mandada el testador á otro señaladamente se perdiesse despues, ó si se muriesse sin culpa del heredero, desatasse por ende la manda .... E dezimos, que estonce se pierde la cosa por culpa del heredero, quando non la guardasse, ó non la fiziesse guardar assi como las otras sus cosas, ó si se perdió detardando á sabiendas de la dar por non querer ó por negligencia del. E por ende la deue pechar el heredero á aquel á quien fué mandada.»

El Código acepta igual doctrina, como puede verse en los artículos 1101 y 1104.

Cuando el legado es de género ó cantidad, no cabe la pérdida de lo legado hasta que se elija ó determine lo que se ha de entregar, bien en absoluto, bien con relación á las cosas propias del testador, como veremos al comentar el art. 875.

Ya hemos explicado en el comentario del art. 860 que el heredero responde al saneamiento de la cosa en caso de evicción. Si la cosa es determinada y perece sin culpa del heredero, no hay responsabilidad. Si es indeterminada, aun sin culpa, responde en caso de evicción el obligado á su entrega, que entregó lo que no pertenecía al testador.

Códigos extranjeros. — Concuerda este artículo con los 892 y 893 del Código de Italia y 3541 al 3543 del Código de Méjico, siendo casi iguales los preceptos de los artículos 1135 del Código de Chile, 1193 del de Colombia y 903 del de Uruguay.

El de Portugal, en su art. 1811, números 1.º, 3.º y 4.º, admite las mismas causas de caducidad, añadiendo en el núm. 2.º otra relativa á las cosas que no son objeto de comercio. El de

Guatemala, artículos 940 y 947, habla del caso de enajenación y del de pérdida del objeto legado, pero en aquél previene que el legado surtirá efecto si la cosa vuelve á poder del testador.

ARTÍCULO 870

El legado de un crédito contra tercero, ó el de perdón ó liberación de una deuda del legatario, sólo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.

En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor.

En el segundo, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere.

En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito ó la deuda se debieren al morir el testador.

ARTÍCULO 871

Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.

Por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada sólo se entiende remitido el derecho de prenda.

ARTÍCULO 872

El legado genérico de liberación ó perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores.

El testador puede legar los créditos existentes á su favor. Este legado, hecho á un tercero, se llama de crédito; hecho al mismo deudor, se nombra legado de liberación ó de perdón de deuda. A ambos casos se refieren los artículos 870 al 872, que vamos á comentar.

I.—Legado de crédito contra tercero

La doctrina referente á este legado ofrece poco de especial. El crédito es una cosa determinada. Su legado representa la transmisión de ese crédito á un tercero por título gratuito. El heredero entregará al legatario el importe del crédito, si lo hubiere cobrado, ó le cederá todas sus acciones contra el deudor, con los documentos en que se funde, para que, como poseedor legítimo del crédito, sea simple, escriturario, refaccionario, etcétera, pueda gestionar el cobro del principal y de los intereses que se adeuden, sean éstos anteriores ó posteriores á la muerte del testador, pues también están comprendidos en el legado, según el párrafo último del artículo 870, que estamos comentando.

Al efecto, dice dicho artículo, en su párrafo 2.º, que «el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que puedan competirle contra el deudor». Esto viene á ser una excepción de la regla general del art. 885, el cual declara que el legatario debe pedir la entrega de la cosa legada al heredero ó al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla, sin que aquél pueda ocuparla por su propia autoridad. Por las circunstancias especiales del legado de que tratamos, la ley faculta al heredero, ó á quien tenga la representación de la herencia yacente, para que, en vez de cobrar el crédito y entregarlo al legatario, cumpla esta obligación cediendo á éste todas las acciones que puedan competirle contra el deudor. En virtud de esta cesión, queda facultado el legatario para reclamar y cobrar por sí mismo el crédito legado, librándose de esta responsabilidad el heredero.

De las disposiciones citadas se deduce que es potestativo en el heredero, ó en quien tenga la representación de la herencia, hacer dicha cesión de acciones á favor del legatario. Si aquél opta por cobrar por sí mismo el crédito para entregarlo al legatario, serán á cargo de la herencia los gastos que sean nece-

sarios para ello, según el párrafo último del artículo 886. Pero si prefiere hacer la cesión de acciones á favor del legatario para que éste lo reclame y cobre del deudor, todos los gastos posteriores, inclusos los judiciales, que se ocasionen, serán de cuenta del mismo legatario. Dicha cesión equivale á la entrega de la cosa legada, y con ella ha cumplido el heredero esta obligación.

Hay quien opina que esa cesión de acciones, ordenada por la ley, es más formularia que real, puesto que el testador ha cedido el crédito y con él las acciones que lleve consigo: que la intervención del heredero debe limitarse á entregar los documentos en que el crédito se funde, ó á facilitarle los medios probatorios que posea; y que con ellos y el testamento queda completa la personalidad del legatario para reclamar. No somos de esta opinión: creemos necesaria esa cesión de acciones para completar la personalidad del legatario. Éste adquiere derecho al legado de crédito desde la muerte del testador, según el art. 881; pero no la acción para reclamarlo del deudor mientras no se le adjudique en la división del caudal: mientras tanto esa acción corresponde á los herederos ó á quien tenga legalmente la representación de la herencia, á cuya masa común pertenece el crédito legado.

Además, el derecho del legatario está pendiente de la condición tácita ó del hecho de que haya bienes para pagar el legado. Si el valor de ese crédito es necesario para pagar deudas del testador, ó para completar la legítima de herederos forzosos, ó es inoficioso el legado ó existen otros preferentes, podrá suceder que aquél quede sin efecto en todo ó en parte, siendo irreparables los perjuicios por haberlo cobrado el legatario, como podría hacerlo si bastase el testamento para acreditar su personalidad. Por todo ello, el legislador ha procedido con prudente previsión no concediendo personalidad al legatario de crédito para reclamarlo y cobrarlo por sí mismo del deudor, sino mediante la cesión de acciones, hecha á su favor por el heredero ó representante de la herencia. Este cuidará de no hacer tal ce-

sión mientras no resulte la eficacia del legado, pues de otro modo podría incurrir en responsabilidad. Este legado sólo surte efecto en cuanto á la parte de crédito subsistente al tiempo de morir el testador, por lo que si éste le ha cobrado íntegramente, nada adquirirá el legatario en definitiva.

En este particular, y en lo referente á los intereses del crédito, el art. 870 está bien terminante. Incurre, por tanto, en un doble error un comentarista cuando afirma: 1.º Que el pago voluntario por el deudor al testador no extingue el legado. 2.º Que los réditos posteriores á la muerte del causante corresponden al legatario, mas los anteriores no pagados se deben á los herederos.

La primera conclusión la deduce de la ley 15, tít. 9.º, Partida 6.ª, donde, en efecto, se distingue entre el pago voluntario por el deudor, que no envuelve revocación del legado, y la reclamación del crédito por el testador, que indica que cambió de voluntad; del art. 871, que declara caducado el legado de crédito contra tercero, cuando el testador, después de hacerlo, demandare *judicialmente* al deudor para el pago de su deuda; y de la presunta voluntad del testador, que al no hacer nada para obtener el cobro, demostró no haber cambiado su intención de legar.

Podrán ser muy buenas razones para un caso de duda, pero no puede haberla. El art. 870 dice terminantemente: «El legado de crédito ó de liberación *sólo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.*» El artículo 871 señala otro caso de caducidad: cuando el testador reclama el pago judicialmente, aunque no obtenga el cobro antes de morir. Son dos casos distintos. El segundo implica cambio de voluntad, y se relaciona con el núm. 2.º del art. 869; el primero, representa la pérdida de la cosa legada, porque el crédito, en todo ó en parte, como crédito deja de existir, y se relaciona con el núm. 3.º del mismo artículo. Comentando el artíclo 871, el citado escritor se olvida del 870; no podemos atribuir á otra cosa el apuntado error.

Respecto á los intereses, lo mismo en este caso que en el de liberación, dicho escritor se funda en la doctrina general en materia de sucesiones, pues el legatario nada adquiere hasta la muerte del testador, por lo que es natural que los réditos anteriores pendientes de pago no le pertenezcan. Pero decimos lo mismo que en el caso anterior. El legislador claramente se separa de esa regla al decir en el párrafo último del art. 870: «En ambos casos, *el legado comprenderá los intereses* que por el crédito ó la deuda *se debieren al morir el testador.*» Considerándose los intereses un accesorio del crédito. El testador puede disponer lo contrario.

Los herederos no responden de la legitimidad del crédito, pues se trata de un legado de cosa determinada, no incluído en el precepto del art. 860, y mucho menos de la solvencia del deudor.

No vemos inconveniente en que el legado se refiera á un crédito contra el Estado, la provincia ó el municipio, ó contra sociedades de crédito (títulos de la Deuda, acciones, obligaciones, etc.). También puede legarse un crédito del heredero ó de un legatario, y aun de un tercero constando que es ajeno.

II.—Legado de liberación ó de perdón de deuda

Este legado puede referirse á todos los créditos que tuviere el testador á su favor, ó á uno ó varios créditos determinados; puede ser, pues, genérico (art. 872), ó específico (art. 870). En ambos casos la liberación puede ser total ó parcial, y en el parcial puede comprenderse solamente la remisión de la garantía, dejando el crédito subsistente.

A) Legado de liberación de una ó varias deudas determinadas.— No debe confundirse con la confesión de haber recibido el testador el importe del crédito. Esta equivale al pago, declarándose la verdad de la extinción del crédito. El legado de liberación equivale á una condonación ó perdón.

El testador lega á un deudor lo mismo que éste le debe. En

realidad le libera del pago, le perdona la deuda. Puede hacerse este legado directamente, ó prohibiendo al heredero la reclamación del crédito, puramente, á plazo ó con condición, de toda la deuda ó de parte de ella. La liberación parcial puede referirse sólo á los intereses, ó sólo á la garantía (fianza personal, prenda, anticresis, hipoteca), ó concediendo un plazo ú otro beneficio.

Salvo disposición del testador en contrario, este legado, al liberar de lo principal, libera también de lo accesorio. Al extinguirse el crédito ó compensarse con el legado, se extingue también la fianza, la prenda, la hipoteca, la anticresis ó el derecho de retención, y al perdonarse la deuda se perdonan también los intereses debidos al tiempo de morir el testador.

El legado de liberación sólo surte efecto en cuanto á la parte de crédito que, existente al tiempo de otorgarse el testamento, no haya sido aún satisfecha en la época del fallecimiento del testador. Si el deudor verifica el pago y el testador lo acepta, ó si éste demanda judicialmente el cobro, aunque muera antes de cobrar, se entiende que el legado, ó no puede cumplirse, ó ha sido tácitamente revocado. Si medió novación de contrato, subsistiendo la deuda, y el mismo deudor y acreedor, subsiste el legado, no obstante la novación.

Si el legatario, después de muerto el testador, paga la deuda al heredero, ignorando el legado, puede reclamar lo que indebidamente satisfizo.

Una vez subsistente el legado, se cumplirá, otorgando el heredero carta de pago al legatario, y devolviendo la prenda, ó cancelando la hipoteca en su caso. Este precepto necesita alguna explicación. Se refiere al legado de liberación de una deuda determinada, y no al genérico de liberación. Parece, por lo tanto, que el legatario no necesita más carta de pago que el mismo testamento, y aunque éste debiera ser bastante para cancelar en su caso en el Registro la hipoteca que aseguraba el crédito. Pero el legislador no lo ha entendido así, teniendo en cuenta que el legatario ha de pedir al heredero la entrega de su legado.

No existen legados mientras haya créditos que pagar, ni pueden satisfacerse íntegros mientras no quepan, en su caso, en la parte de libre disposición. De aquí la necesaria intervención del heredero, ó al menos la conveniente intervención del mismo para hacer segura la transmisión ó perdón del crédito: intervención que, por otra parte, casi siempre sería precisa para la cancelación en el Registro, por ser raro que en el testamento se describa el crédito hipotecario en la forma que prescribe la ley Hipotecaria. De todos modos, el artículo 870 exige ese requisito, y á su precepto deben atenerse los encargados de cumplirlo.

B) Legado genérico de liberación.—Aunque genérico este legado, se determina por la relación de propiedad de los créditos con el patrimonio del causante.

El legado de liberación, hecho genéricamente, sólo comprende las deudas existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores, aunque se refieran á los mismos deudores. Un segundo testamento confirmando el primero en cuanto al legado sin más expresión, no produciría mayor efecto. Otra cosa sería si el testador expresamente liberase á cada legatario ó á algunos de ellos de todo lo que éstos pudieran deber á aquél al tiempo de su fallecimiento.

Creemos aplicable el art. 871 al legado á que se refiere el 872. Del mismo modo estimamos por analogía con el 870, que si el testador hubiese cobrado total ó parcialmente, con ó sin reclamación judicial, los créditos cuya liberación genéricamente legó, sólo surtirá efecto el legado en la parte subsistente al tiempo de su fallecimiento, y que en el perdón de la deuda va incluído el de sus intereses y el de sus accesorias garantías, siempre, es claro, con relación á las deudas que existían al otorgarse el testamento. El art. 872 se refiere á un legado por el que el testador perdona todas las deudas existentes á su favor, puras, á plazo ó condicionales, con garantía ó sin ella.

C) Legado de prenda, hipoteca, etc.—El art. 871 se ocupa de este legado, que puede estimarse como forma parcial y limitada

del de liberación. Si se legase la prenda á un tercero como garantía de un crédito, ó sería con este crédito ó carecería de utilidad y razón de ser.

Legada al deudor la cosa empeñada, sólo se entiende remitido el derecho de prenda. Del mismo modo, si se libera al fiador por medio de un legado, ó se remite la hipoteca ó la anticresis, la deuda principal subsiste, aunque sin garantía. El legado, por tanto, no impide á los herederos reclamar el crédito al legatario, como afirmaba, antes de regir el Código, la ley 16, tít. 9.º, Partida 6.ª

En este caso, para cancelar en el Registro la hipoteca, bastará presentar el testamento, pues en él consta la renuncia de ese derecho, ó sea el consentimiento expreso del acreedor, que exige el art. 82 de la ley Hipotecaria, siempre que el crédito hipotecario se describa en debida forma en el testamento, ó acompañando á éste, en otro caso, una escritura aclaratoria. No es necesaria la intervención de los herederos, porque aunque desaparece la garantía, el crédito subsiste, y no se disminuye el valor de los bienes relictos, ni puede ser necesario reducir ó anular ese legado.

Códigos extranjeros.—El Código de Méjico, en sus arts. 3559 al 3563 y 3566, contiene igual doctrina que el nuestro en los 870 al 872. El de Italia dedica su art. 844 á los legados de crédito y liberación, ocupándose solamente de éste el de Guatemala en el artículo 872. El de Portugal, en los arts. 1819 y 1821, se ocupa de esta materia con algunas diferencias. Los de Chile (inciso 2.º del art. 1127, parte primera del 1129 y 1130) y Colombia (artículos 1185, 1187 y 1188), concuerdan también con los 870 al 872, si bien declaran válido el legado de crédito ó liberación cuando el deudor pagase sin conocimiento del testador antes de morir éste.

ARTÍCULO 873

El legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente.

En este caso el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado.

Legado de deuda.—El legado hecho á un acreedor no puede lógicamente entenderse como un modo de realizar el pago de lo que á ese acreedor se debe, aun cuando las cantidades coincidan. El hecho de legar supone una liberalidad, y así debe presumirse, á no constar expresamente lo contrario. Hay dos hechos distintos: la deuda y el legado, por lo que el acreedor puede reclamar con independencia el pago de su legado y el pago de su crédito.

Lo mismo ocurrirá en casos análogos. Legada una renta vitalicia á la misma persona á quien el testador venía satisfaciéndola, se entenderá que se trata de una nueva renta ó de un aumento de la primera, á no ser que el testador declare expresamente otra cosa.

Ahora bien: si el testador declara expresamente que su voluntad es legar al acreedor lo mismo que le debe, no hay más remedio que entenderlo así, y el acreedor sólo tendrá derecho á cobrar una vez. Sin embargo, si el crédito fuese superior al legado, ó el legado fuese superior al crédito, siempre tendrá derecho á percibir el exceso.

Si la deuda es cierta, el legatario la cobra; si no fuese cierta, el legado vale como legado, porque se entiende que el testador quiso favorecer al legatario, como decía la ley 6.ª, tít. 9.º, Partida 6.ª

Este legado, llamado de *deuda*, puede ser beneficioso al acreedor, facilitándole nuevas acciones para reclamar, y dándole tal vez medios para conseguir un cobro, de otro modo difícil ó dudoso, por tratarse de una obligación natural ó viciada, ó de un crédito sin pruebas, ó sujeto á condición, ó que hubiera prescrito sin su reconocimiento por el testador. El legado de deuda, aunque no es lo mismo que el reconocimiento de una deuda en el testamento, equivale á este reconocimiento, y aun produce mayores ventajas; pero, como dice Escriche, la deuda dejada en

testamento no tiene fuerza de deuda, sino de legado, á no ser que el acreedor la pruebe por otros medios legales.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1900, aplicando el artículo que comentamos, se declara que, ordenándose por una testadora un legado en favor de su hijo, disponiendo que le sirviera de pago de la legítima materna *y de lo demás que por cualquier otro concepto pudiera corresponder* á dicho hijo sobre los bienes de la causante, carece de acción el legatario para reclamar á sus coherederos el pago de un crédito consistente en la legítima paterna que aún no le había sido entregada por su madre, pues habiendo en el legado bienes de sobra para la satisfacción de ambas legítimas, ó de la legítima materna y el crédito, consta de un modo expreso, como exige el artículo 873, la voluntad de la testadora de que el mismo legado sirviese de pago de cuanto por cualquier concepto pudiera corresponder al legatario sobre los bienes de la herencia.

Prelegado de dote.—Tiene gran relación el legado de deuda con el llamado prelegado de dote, por el cual el testador deja á su mujer lo que ésta aportó al matrimonio por tal concepto. Aunque nada en realidad hubiese aportado, la voluntad del testador debe cumplirse, y la mujer podrá reclamar su *legado*, salvo la preferencia concedida á los acreedores, legitimarios y donatarios. Cobrando el legado no puede reclamar la dote, porque aquél se entiende pago de lo debido por ésta. Mas si el legado no cupiese en la parte disponible, ó los bienes del testador correspondiesen á sus acreedores, puede probar la mujer la verdad de la aportación y reclamar el derecho de ser reintegrada con la preferencia que le corresponda.

Estimamos, pues, que este legado, como el de deuda en general, es siempre eficaz contra los herederos, salvo su derecho á legítima, presumiéndose la verdad de la dote, y no siendo, por tanto, necesario, probar este hecho; mas no lo es contra los acreedores del marido, ni aun contra los legitimarios, porque la confesión en el testamento no prueba por sí sola la realidad de la entrega de la dote. La mujer podrá cobrar sin otra prueba,

mas no obtener preferencia alguna en perjuicio de tercero.

Códigos extranjeros.—Los arts. 1023 del Código de Napoleón y 845 del de Italia contienen la doctrina de que el legado hecho á un acreedor no se presume pago del crédito, disponiendo lo mismo el 1820 del Código de Portugal, el 874 del de Guatemala y 880 del de Uruguay. Más parecido se observa, por abarcar toda la doctrina de nuestro art. 873, en los 3507 y 3508 del Código de Méjico, 1131 del Código de Chile y 1189 del de Colombia.

ARTÍCULO 874

En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador.

Legados alternativos.—Legado alternativo es aquel en que el testador deja una de varias cosas que señala. Como: lego á Pedro un caballo ó una bicicleta; lego á Juan la viña A ó el olivar C; lego á Antonia una joya ó mi vestido de baile; lego á Luis una pensión de tanto, tal cantidad ó una finca urbana, etc.

El legado se cumple realizando una de las prestaciones á que el testador se refiere, la que de ellas quiera el deudor, ó sea el heredero ó persona gravada con el legado, á no ser que el testador hubiese dado la elección al legatario. De aquí resulta que aunque todas las varias cosas que alternativamente se legan sean determinadas, el legado sigue las reglas propias de los legados de género, porque hasta tanto que el deudor se decida á realizar la prestación que crea convenirle, no se sabe la cosa en que consiste, no se individualiza ó determina.

Si siendo dos las prestaciones alternativas, una de ellas no es posible, habrá de cumplirse forzosamente la otra. Si no es posible ninguna de ellas, por transformación, enajenación, pérdida, etc., de la cosa, el legado queda sin efecto.

Véase el comentario de los arts. 1131 á 1136, cuya doctrina

es aplicable al caso de los legados alternativos, salvo, como dice este artículo, lo expresamente modificado por el testador.

Véanse además los artículos siguientes 875 al 877, que guardan íntima relación.

Códigos extranjeros.—Convienen con nuestro art. 874 los Códigos de Francia y Bélgica, art. 1022; el de Italia, arts. 840 y 894; el de Portugal, art. 1829; el de Chile, art. 1117; el de Méjico, art. 3592; el de Uruguay, art. 884, y el de la República Argentina, art. 3758, si bien varios de los primeros, así como el de Guatemala, no se refieren expresamente al legado alternativo; pero todos atribuyen al deudor la facultad de elegir.

ARTÍCULO 875

El legado de cosa mueble genérica será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia.

El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

Legado de género ó de cantidad. — El legado, con arreglo á la naturaleza intrínseca de su objeto, puede ser de cosa *genérica* ó de cosa *determinada*. El art. 875 se refiere ya concretamente al legado de género, y se hace necesario explicar el sentido de esta clasificación de los legados, ya que la materia se presta á confusión.

Individuo, especie, género, clase, cosa determinada, cosa indeterminada, son términos relativos. La clase, el género, la especie denotan una serie de cosas ó individuos, con ciertos caracteres más ó menos generales, que á todos ellos son comunes. De las cosas en general se forman las clases, muebles, inmuebles, fungibles, no fungibles, etc.; descendiendo más, esas clases se bifurcan en ciertos géneros superiores, como animales, vegetales, minerales, fincas rústicas, fincas urbanas, y, sucesi-

vamente, el género animal comprende á su vez otros inferiores, como mamíferos, aves, peces; el género vegetal, flores, frutos, maderas; el género mineral, metales, piedras, arcillas, etc.; los mamíferos, por ejemplo, comprenden á su vez los cuadrumanos, los solípedos, etc.; los solípedos comprenden el asno, el caballo, etc.; los caballos comprenden especies, como caballo andaluz, normando, árabe, ó, si se quiere, blanco, negro, bayo, y cada especie un número mayor ó menor de individuos. Véase cuán relativo es todo lo que á esta materia se refiere.

Los romanos, para mayor confusión, llamaban *especie* al individuo, y *género* á la serie de individuos distinguidos de otros por caracteres comunes, y de aquí el nombrar aún en nuestro Código cosas específicas á las cosas determinadas.

Las palabras *cosas determinadas* ó *indeterminadas* no son más seguras en su aplicación. Un semoviente es cosa indeterminada con relación á un ave; ave, con relación á un pájaro; pájaro, con relación á un canario; canario, con relación á mi canario. A su vez, 100 fanegas de trigo que hay en mi granero es una cosa determinada en relación á 100 fanegas de trigo en abstracto, y estas 100 fanegas de trigo en abstracto son cosas determinadas en relación á 100 fanegas de grano, y así sucesivamente.

Por esto el proyecto de Código de 1851, al legado de cosa específica y determinada contraponía el legado de cosas *indeterminadas, pero comprendidas en algún género ó especie, determinadas* por la naturaleza (caballo) ó por designación del hombre (casa).

El Código italiano separa el legado de cosa de un género indeterminado del legado de cosa particular ó de género determinado. El primero se refiere á cosas muebles indeterminadas, comprendidas en un género ó especie, con cierta determinación que no haga el legado irrisorio ó de imposible ejecución; esto es, vale el legado de una vaca, de una mesa, de una joya; no vale el legado de un animal, el legado de madera, de grano, de lana, etc., sin determinación alguna, al menos respecto á los últimos, en cuanto á la cantidad. El segundo se refiere al caso de

un legado de cosa, que se determina por un individuo especial distinto á todo otro, ó por varios individuos ciertos, ó por los pertenecientes á un género ó especie que se hacen ciertos ó determinados por su relación con el patrimonio del testador, como la labor de los Perales, las dos viñas de Matallana, mi mesa de despacho, dos de *mis* caballos, la cosecha de naranja de mi huerto en el año siguiente á mi fallecimiento, etc.

Nuestro Código habla en el art. 860 de cosa indeterminada señalada sólo por género ó especie; en el art. 869, de cosa no determinada en especie; en el 875, de cosa mueble genérica y de cosa inmueble no determinada; en el 882, de cosa específica y determinada; y en el 884, de cosa que no sea específica y determinada, sino genérica ó de cantidad.

En vista de los antecedentes que hemos dado, puede comprenderse la idea del Código. El legado de cosas indeterminadas, pero comprendidas en un género ó especie, determinados por la naturaleza ó por designación del hombre, es el legado de *género,* á que se refieren los artículos 860, 875 y 884 (un caballo, un olivar, una sortija). Este legado debe desde luego tener cierta determinación que haga posible y no irrisorio su cumplimiento. Decir: lego un animal, lego un mineral, equivale á no legar nada; hay que determinar el género ó especie á que ese animal ó mineral legado corresponden. Lego vino, lego lana, determina el género, y sin embargo, no es bastante, porque el legado resulta tan vago y confuso, que, ò exigiría la apreciación judicial, ó le convertiría en inútil: hay que fijar alguna cantidad.

El legado de *cantidad* no es más que un aspecto del legado de género: dos caballos, veinte arrobas de vinos, 3.000 pesetas.

El legado de cosas *determinadas* y *específicas* representa desde luego para el legislador una cosa particular ó universal, individual ó colectiva, pero cierta, conocida, que no se confunda con ninguna otra del mismo género ó especie, ó varias cosas igualmente conocidas y ciertas.

La duda puede suscitarse cuando, para determinar la cosa

legada se establece su relación con el patrimonio del causante, y hay más de una del género ó especie legado, porque si dice el testador lego mi caballo, lego mi mesa de despacho, y sólo tiene una mesa ó un caballo, no hay cuestión; mas si hay varios, ó se dice lego uno de mis caballos, una de mis mesas, el legado, ¿será de cosa determinada ó genérico? ¿Qué reglas deberán aplicarse? Para ser genérico sería necesario formar un género especial con las cosas de cada género propias del testador, lo cual es algo violento, porque no existe tal género ni por naturaleza ni por designación del hombre; hay individuos ciertos y determinados de un género; de aquí que tal legado no pueda estimarse genérico. Tampoco es legado de una cosa individualmente determinada y cierta ó conocida desde luego, porque aunque se trata de varias cosas determinadas todas, no se sabe cuál de ellas será la que se escoja ó haya de entregar. Se trata, pues, de un legado equivalente al alternativo ó al de opción, cuando aquél ó éste se contrae á entregar ó á elegir una de varias cosas determinadas.

¿Será aplicable á este legado el art. 875? Lo son desde luego el 860 y el 884, y no lo es el 882, lo que parece indicar que ese legado sigue las reglas de los legados de género. Sin embargo, la aplicación de esos artículos no puede extrañar por la indeterminación relativa que existe en los legados alternativos. No hay cuestión cuando se trata de cosas inmuebles, porque carece de efecto si no hay en la herencia del género legado; mas, en cambio, es importante la duda con relación á los bienes muebles.

El art. 875 distingue, en efecto, el legado de cosa indeterminada, según que ésta sea mueble ó inmueble. Si es mueble, el legado es válido, aunque al morir el testador no haya en la herencia cosas del género legado. Si es inmueble y no existen del mismo género en la herencia, no vale el legado. Así, si el testador lega á Pedro un caballo y una casa, el legado del caballo es siempre válido; si no le hay en la herencia, se adquiere; mas el legado de la casa sólo ha de cumplirse si el testador al morir

deja alguna casa. Es exactamente la misma doctrina que se contenía en la ley 23, tít. 9.º, Partida 6.ª

El legado de cosa mueble genérica, es, por tanto, válido, según el art. 875, aunque no haya cosas de su género en la herencia. Esto supuesto, si el testador dice: lego *mi* caballo ó lego uno de *mis* caballos, ¿será válido el legado aunque no exista ningún caballo en su sucesión? ¿Deberá comprarse un caballo para dárselo al legatario? Los términos generales del artículo pueden producir confusión, pero estimamos que no. «Mi caballo», no es una cosa mueble genérica, es una cosa mueble determinada; «uno de mis caballos», no es tampoco una de varias cosas genéricas, sino una de varias cosas determinadas por su relación al dominio del testador. Este no quiso dar cualquier caballo, sino precisamente el suyo ó uno de los suyos; ¿no existen?, el legado no se puede cumplir: si el dominio particular del testador puede formar un género ó especie, esa especie ó género ha desaparecido. Y si carece de efecto el legado de cosa ajena cuando se duda si lo sabía ó lo ignoraba el testador, con mayor motivo debe carecer de eficacia el legado de una cosa como propia cuando no existe tal propiedad.

El tiempo á que hay que atender para saber si hay ó no en la herencia cosas del género de las legadas, es el de la muerte del testador. Poco importa que las hubiere antes, si no las hay en el momento expresado. En este caso, si el legado se refiere á cosa inmueble, queda sin efecto: si se refiere á cosa mueble *genérica*, ha de cumplirse buscando y adquiriéndola fuera de la herencia, pues si se trata de verdaderas cosas muebles genéricas, nunca pueden estimarse ajenas, como dijimos al comentar los arts. 861 al 864.

Así como puede ocurrir que el género legado no exista en la herencia, también es posible que haya donde elegir. Para este caso determina el art. 875 que la elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior, ni de la superior. Si se lega una viña, y sólo hay una, esa será la legada; si hay varias, elige una de ellas el deudor, que

es el heredero ó la persona gravada con el legado. Si se legan cosas muebles indeterminadas, haya ó no en la herencia, el obligado entregará de lo que haya, ó adquirirá cosas del mismo género, de calidad intermedia, nunca lo mejor, ni lo peor.

En el derecho romano, la elección, aunque dentro de los mismos límites, se confería al legatario. Más lógico nuestro Código, concede la elección al deudor.

Sostiénese por algún comentarista que el art. 875 no prevé lo que debe hacerse en el caso de que, legándose cosas inmuebles genéricas, no las haya de ese género en la herencia, y cree que procederá dar al legatario la estimación de una cosa de ese género, de mediana calidad. Pero el art. 875 se opone terminantemente á esa solución: tal legado *sólo será válido* cuando hubiese en la herencia del género legado. Si no hay, el legado no es válido, luego no están las personas gravadas obligadas á pagar su estimación.

Códigos extranjeros.—El art. 875 ordena lo mismo que los 3544, 3545 y 3548 del Código de Méjico. Aceptan los Códigos de Chile y Colombia la misma doctrina; dice el art. 1115 del primero, que «los legados de género *que no se limitan á lo que existe en el patrimonio del testador*, como una vaca, un caballo, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad ó valor del mismo género»; añadiéndose en el 1116, que «si se lega una cosa *con valor ilimitado*, como una casa, etc., y no existe ninguna del mismo género en la herencia, nada se deberá». Análogo precepto contiene el art. 888 del Código de Uruguay.

Los Códigos de la República Argentina y Veracruz, artículos 3756 y 1022, declaran válido el legado genérico de cosas muebles ó inmuebles, haya ó no del género legado en la herencia. Los arts. 871 del de Guatemala y 840 del de Italia sólo se refieren á los bienes muebles.

ARTÍCULO 876

Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero ó al legatario, el primero podrá dar, ó el segundo elegir, lo que mejor les pareciere.

ARTÍCULO 877

Si el heredero ó legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho á los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable.

Legado de opción.—La doctrina de estos artículos se contenía en las leyes 25 y 26 del tít. 9.º, Partida 6.ª Añadía la última de estas leyes, que cuando tuviesen que escoger varios legatarios, ó sus herederos, y no pudieren ponerse de acuerdo, «puédeles mandar el judgador echar suertes, é aquel á quien cayere la suerte, deuela escoger».

Legado de opción es aquel en que el testador permite elegir la cosa legada ó varias cosas, ya entre objetos determinados, ya entre los de cierto género, ya con más amplitud.

A este legado se refieren los artículos 876 y 877. Aunque estos artículos guardan relación con el anterior, el caso es distinto. En el legado de opción puede libremente elegirse lo mejor ó lo peor, lo que se quiera, porque así lo consiente el testador; en el simple legado de género la elección es siempre del deudor, y se halla encerrada dentro de ciertos límites. Además, el legado á que se refiere el art. 875 siempre es genérico; el legado de opción, como el alternativo, puede referirse á varias cosas determinadas.

El testador puede conceder el derecho de elegir al heredero ó al legatario, según el art. 876; mas también creemos que puede concederlo á un tercero. Hasta tanto que se hace la elección, el legatario no puede ser perjudicado por la pérdida ó de-

terioro de las cosas aunque pertenezcan á la herencia, á no perderse ó deteriorarse todas las que pudiera elegir; mas una vez que haya escogido, la cosa legada se determina, mejor dicho, se individualiza; por lo que su pérdida ó su deterioro, así como su aumento ó mejora, son ya de cuenta del legatario.

La disposición del art. 876 se halla subordinada á la del artículo 875, que tratándose de bienes inmuebles exige que haya en la herencia del género de los legados. Así, el testador lega dos viñas ó dos de sus viñas á elección del legatario: si á su muerte no hay viñas, no hay elección ni legado; si hay sólo dos viñas, sólo esas dos puede pedir; y si se destruyesen, no puede exigir otras, porque no hay más.

A la inversa, en las cosas muebles puede hacerse la elección fuera de las cosas de la herencia, si en ella no hay del género legado; mas habiendo varias, entendemos que ha de escogerse precisamente entre lo que haya, porque esta solución es la más conforme con la presunta voluntad del causante. Sin embargo, del testamento debe resultar hasta qué punto se concede libertad para la elección.

El art. 692 del proyecto de Código de 1851, decía: «Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero ó al legatario, podrá el heredero en el primer caso dar lo peor, y el legatario en el segundo escoger lo mejor.» La misma idea revelan las palabras del art. 876, «lo que mejor les pareciere», esto es, lo que quieran elegir, según el interés de cada cual, y sin obligación en el heredero de tener en cuenta las necesidades ó circunstancias especiales del legatario.

Si no se señala término para escoger, podrá pedirse por aquel á quien interese que se fije un plazo, judicialmente, caso necesario.

Si el heredero ó legatario á quien corresponde la elección muere sin escoger ó no puede realizarla, pasará este derecho á *los herederos*, dice el art. 877. ¿Qué herederos son éstos? La ley 26, tít. 9.º, Partida 6.ª, refiriéndose al caso de muerte del legatario sin escoger, concedía esa facultad á *sus* herederos, esto

es, á los herederos del legatario. Pero nuestro artículo, por una parte, se refiere, no sólo al legatario facultado para tomar, sino al heredero facultado para dar, y por otra, no habla de *sus* herederos, sino de *los* herederos. Sin embargo de esto, creemos que sigue la misma doctrina. La facultad de elección revela la confianza ó el cariño del testador respecto á la persona á quien se la concede; adquirido el derecho á escoger y no pudiendo ejercitar esta facultad la persona designada, es natural que los herederos de esa persona, que son los que tienen interés idéntico, realicen la elección.

Si conferida la facultad á varias personas conjuntamente no hay acuerdo común, debe, en nuestra opinión, aplicarse el artículo 398. Y si dos legatarios de opción quieren la misma cosa, y á ninguno dió preferencia el testador, puede seguirse el criterio de la ley de Partidas.

Si el que debe elegir no quiere hacerlo, se entiende renunciada la facultad, y los herederos del testador cumplirán con dar una cosa que no sea la mejor ni la peor, por analogía con lo preceptuado en el art. 875.

Por último, la elección, una vez hecha, obliga al que eligió: es irrevocable.

Cuando el legado es tan amplio que permite al legatario escoger los objetos que quiera, ha de respetarse la voluntad del testador, sin perjuicio de las legítimas.

Lo mismo debe decirse con relación al heredero.

Con relación á estos artículos, y al caso anterior, se ha dictado la sentencia de 23 de Noviembre de 1904, por el Tribunal Supremo. La cuestión resuelta es curiosa é interesante. Una testadora instituyó heredero á su esposo, y legó á un tercero lo que su marido en nombre de ella quisiera darle. El heredero otorgó dos testamentos, designando en el primero como legado en nombre de su esposa, fincas por valor de 140 000 pesetas, y en el segundo otras fincas distintas apreciadas en 20.000. Muerto el testador, planteóse la cuestión de si sería válida como irrevocable la primera elección, ó debía ser eficaz la segunda, ya que

el testamento posterior revoca al anterior en cuanto se contradigan sus disposiciones.

El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

«Supuesta la validez, reconocida en definitiva por las partes, del legado hecho por la testadora, es manifiesto que aunque tal forma de legado no se pudiese conceptuar especialmente comprendida en el precepto del art. 876 del Código, por estimar éste íntimamente relacionado con el anterior, sólo dentro de ellos cabe comprender un legado hecho en tales condiciones, porque si bien el art. 875 se refiere constantemente á los determinados genéricamente por el testador, en el mismo caso que éstos se encuentran legados como el de que se trata, por existir la misma razón para sujetar al heredero á las condiciones de elección expresadas en dichas disposiciones legales, y porque además no se cita ni existía ninguna otra que pueda racionalmente ser más aplicable entre las que regulan la materia de legados, implicando, por lo tanto, legados como el de que se trata, una facultad de designación que, no porque sea más extensa que la autorizada por los referidos artículos, deja de ser de la misma índole y naturaleza.

»Esto sentado es ineludible la aplicación del art. 877, según el cual, la elección del legado, una vez hecha, es irrevocable, elección que puede hacerse en cualquier forma que revele por modo claro el ejercicio consciente y deliberado de la facultad otorgada por el testador al heredero, sin que la forma en que se haga afecte consiguientemente á esta condición de irrevocabilidad, pudiendo, por tanto hacerse la designación ó elección de la cosa con ocasión de un testamento, sin que la esencial condición de revocabilidad de éste, pueda afectar á la irrevocabilidad de un acto que tiene una vida y eficacia completamente independiente de la vida y eficacia del testamento que sólo sirvió de ocasión para la realización de aquél.

»Sentada esta doctrina, ninguno de los motivos del recurso puede ser estimado: 1.°, porque la voluntad de la testadora no aparece en contradicción con ella, dados los términos en que se

establece el legado de los que no puede deducirse que la Marquesa de Valparaíso quisiera autorizar á su marido para variar la designación del legado cuantas veces lo tuviese por conveniente; 2.°, porque no siendo ésta su voluntad conocida, sería contradictorio é ilógico sostener la revocabilidad de la elección y sólo porque ésta se hiciese en testamento, como si para los efectos de dicha elección hubiese de atenderse á su forma y no á la realidad de la misma; 3.°, porque la ley no prohibe que con ocasión de un testamento se contraigan obligaciones, y se realicen actos permanentes y perfectos, con independencia del carácter revocable de lo que es materia propia de la testamentifacción; 4.°, porque la circunstancia de que la designación del legado se haya hecho en testamento ó se hubiera realizado fuera de él, en nada afecta á su índole ó naturaleza que es á la que hay que atender para la aplicación de los arts. 875, 876 y 877 del Código; 5.°, porque es un hecho probado reconocido por el mismo recurrente, que *la elección* hecha por el marido en su primer testamento *se hizo saber debidamente al interesado,* sin que sea posible legal ni racionalmente negar la seriedad y deliberación de una designación así hecha; y finalmente, porque, según lo expuesto, son perfectamente inaplicables á un caso como el actual, los preceptos del Código que se refieren á la revocabilidad de los testamentos, por no ser el ejercicio de la facultad de elección de la cosa legada materia propia de la testamentifacción, aun cuando se haya realizado al otorgar un testamento, como pudiera haberse hecho en otra forma distinta.»

La notificación al legatario de la elección hecha por el heredero, demuestra cumplidamente que la intención de ese heredero fué designar de un modo definitivo y estable el objeto legado. Sin esa notificación, el legatario no debía haber conocido siquiera la voluntad bien ó mal revocada del testador.

Aparte de esto, de la sentencia transcrita en su parte más esencial, pueden deducirse con relación á los artículos que nos ocupan, las siguientes reglas de interpretación.

1.ª Que los legados en que el testador deja en absoluto á la

Para apreciar, pues, si el legado surte ó no efecto, hay que atender al tiempo en que se hizo el testamento; si entonces la cosa pertenecía al mismo legatario á quien se legó, el legado es nulo, sean los que fueren los acontecimientos posteriores, y se hiciera el legado en forma pura, á plazo ó con condición.

Pero el legislador resuelve en este artículo otra cuestión. La cosa podía no pertenecer al legatario cuando el testamento se otorgó, y haberla adquirido después, siendo suya al morir el testador. Resuelve el artículo, que si la adquirió por título lucrativo, el legatario nada puede pedir; mas si la adquirió por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla.

Hemos supuesto que para adoptar esta solución es necesario que la cosa legada adquirida por el legatario siga en su poder al morir el testador. Si así no fuese, ó la cosa en esa época estaría en poder del testador, ó en poder de un tercero. En el primer caso valdría el legado; en el segundo serían aplicables los artículos 861 y 862, ó el 869, núm. 2.º Desde el testamento á la muerte hay un período de tiempo, durante el cual las transmisiones del objeto legado que no han subsistido, no pueden ser tenidas en cuenta, porque esto llevaría consigo una gran confusión.

Igualmente suponemos que el apartado segundo del art. 878 es por completo independiente del primero. En éste se trata de las cosas que eran del legatario cuando se otorgó el testamento: el legado no es válido nunca, ya las conserve en su poder el legatario, ya las enajene y no vuelvan á sus manos, ya las enajene y vuelva después á adquirirlas por cualquier título oneroso ó lucrativo. En el segundo apartado, por el contrario, se trata de una cosa que al hacerse el testamento pertenecía al testador ó á un tercero, pero que al morir el testador pertenecía al legatario.

Mas aquí se presenta una doble dificultad. Si al tiempo de hacerse el testamento la cosa pertenecía *al testador*, para que al tiempo de su muerte se halle en poder del legatario, necesario es que el testador la haya enajenado, y en tal caso el legado que-

da sin efecto, con arreglo al núm. 2.º del art. 869. Por el contrario, si la cosa pertenecía al otorgarse el testamento *á un tercero*, se trata de un legado de cosa ajena, que en tanto será válido en cuanto el testador al legar supiese que esa cosa no le pertenecía. Luego perteneciese en un principio la cosa al testador, al legatario ó á un tercero, es lo natural que nunca produzca efecto.

¿Qué sentido queda entonces á la segunda parte del artículo 878?

El art. 843 del Código de Italia, previendo estas dificultades, dice: «Si la cosa ha sido adquirida con posterioridad por el legatario, *ya del testador, ya de un tercero*, tendrá derecho al precio, *siempre que concurra la circunstancia exigida en el art. 837* (artículos 861 y 862 de nuestro Código), *y no obstante lo que se establece en el 892* (nuestro art. 869, núm. 2.º), á no ser que la cosa en ambos casos hubiera llegado á manos del legatario por título gratuíto.»

Creemos que ese es el sentido en que debe interpretarse el artículo 878.

Para apreciar la validez y efectos del legado originariamente, hay que atender á la época en que se otorgó el testamento. Si la cosa legada pertenecía al testador, á su heredero ó al legatario gravado, el legado es válido. Si pertenecía al legatario á quien se legó, el legado es nulo. Si pertenecía á un tercero, la validez del legado depende de que el testador supiese ó ignorase su pertenencia.

En el último caso, si el legado nació nulo por ignorar el testador que legaba una cosa ajena, nulo sigue siendo aunque el legatario adquiera por cualquier título la cosa; si nació válido, se aplicará la segunda parte del art. 878. En el segundo caso el legado siempre es nulo, con arreglo á este artículo y al 866.

En el primer caso el legado es válido, pero queda sin efecto por la enajenación que posteriormente haga el testador, según el núm. 2.º del art. 869. Ahora bien: si la enajenación fué voluntaria y hecha á un tercero de quien más tarde la adquirió el

mismo legatario, es evidente que el legado murió y no recobra su validez. Si la enajenación fué forzosa, cabe aplicar el art. 878. Y si se hizo directamente por el testador al mismo legatario, no se ve la voluntad de revocar, sino de cumplir. Si el título fué lucrativo, se anticipó por el testador el pago del legado. Si el título fué oneroso, la cuestión es más dudosa, pero optamos por la aplicación del art. 878, en vista de la generalidad de su expresión y de ser posterior al 869; se deberá la estimación de la cosa legada, lo que hubiese costado al legatario el adquirirla.

Lo que hubiese costado al legatario el adquirirla será el precio en caso de venta, el valor en que se estimó en caso de permuta, el importe del crédito, intereses y costas por que la adquirió en caso de adjudicación en pago de deudas, etc. Los gastos, en general, deben ser también abonables.

En el caso de legarse por dos testadores una misma cosa á un mismo legatario, la ley 44, tít. 9.º, Partida 6.ª, distingue también entre el título oneroso y el lucrativo para ordenar la misma indicada solución.

Códigos extranjeros.—Aparte el art. 843 del Código de Italia, copiado antes, pueden citarse los artículos 1106 del Código de Chile, 1024 del de Veracruz, 1164 del de Colombia, y 3570 al 3572 del de Méjico, en el que no se distingue el título oneroso del lucrativo.

ARTÍCULO 879

El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad.

El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de ali-

mentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Salvo en lo relativo á la duración, la doctrina de este artículo guarda completa conformidad con la de la ley 24, tít. 9.º, Partida 6.ª

Legado de alimentos ó de educacion.—Se ocupa el art. 879 del legado de educación y del legado de alimentos. El primero puede estimarse incluído en el segundo; pues como sabemos, con arreglo al art. 142, en los alimentos se comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, y además su educación é instrucción mientras sea menor de edad. De aquí que, en virtud del art. 879, el legado de alimentos dure mientras viva el legatario si el testador no dispone otra cosa, y el legado de educación dure sólo hasta que el legatario sea mayor de edad ó tenga completa su educación, como dice el Código de Méjico.

Mas hay que tener en cuenta que el testador no tiene ordinariamente obligación legal de suministrar alimentos después de su muerte al legatario, por lo que puede limitar á su arbitrio el legado. De aquí que pueda legar solamente habitación ó vestidos, ó una cantidad para el preciso sustento, ó sólo para la educación ó la instrucción del legatario: limitar, en fin, como hemos dicho, el legado cuanto quiera. Ahora bien: si el testador no limita la obligación y lega alimentos á una persona, se entiende, con arreglo á la ley, que los alimentos comprenden todas las atenciones ó necesidades especificadas en el art. 142, con más ó menos amplitud, como después veremos.

A su vez, nada impide al testador fijar para la educación ó para los alimentos una cantidad que pueda estimarse y sea en realidad excesiva. No cabe restringirla, á no perjudicarse las legítimas, ya que el testador puede dar á la porción libre de sus bienes el destino que le parezca.

Para el fin de alimentar, puede el causante señalar los pro-

ductos de una finca ó los intereses de un capital depositado, imponer hipoteca en garantía del pago, etc.

A falta de toda limitación ó determinación por parte del testador, si éste acostumbró en vida á dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de [illegible] educación, se entenderá legada la misma cantidad [illegible] cosas, siempre que no resultare en notable [illegible] con la cuantía de la herencia. Entendemos que el [illegible] parte permite la reducción del legado, mas no [illegible] ampliación. La costumbre del testador sirve de [illegible] altura, no cuando se vea que el alimentista [illegible] do se observa que la herencia no puede [illegible] men, ya que con ella debe guardar [illegible] limentos.

A falta, por último, de esa costumbre [illegible] ción por el testador, hay que fijar la [illegible] sirviendo de base dos factores: uno el [illegible] legatario, otro el importe de la herencia [illegible] capaz, puede ampliarse el legado [illegible] según las circunstancias del legatario [illegible] importe, el legado se limita para [illegible] que ha de soportar el gravamen.

Los legados de educación y de alimentos [illegible] no siendo, por tanto, transmisibles [illegible] ponerlo expresamente el testador. [illegible] tista por sus alimentos al tiempo [illegible] por sus herederos, pues aunque [illegible] puede tener la virtud de extinguir [illegible] satisfecho. Son, en general, [illegible] artículos 142 á 153, á cuyo comentario [illegible]

También se relacionan con [illegible] 820, núm. 3.º, en casos especiales.

Aunque el testador, como hemos dicho [illegible] general, limitar cuanto quiera el legado, [illegible] el artículo 845 declara transmisible á los herederos [illegible] la

obligación de suministrar alimentos á los hijos ilegítimos, por lo que éstos pueden pedir que se les completen los alimentos que les correspondan de derecho, ó renunciar el legado y reclamar esos alimentos, con arreglo al citado artículo.

El testador, como también queda expuesto, puede afectar determinados bienes al pago de los alimentos, ó declarar personal la obligación que nace de este legado, ya en absoluto, ya prohibiendo se exija á la persona gravada garantía real alguna. No siendo así, estimamos que el legatario puede reclamar esa garantía en forma análoga á la que determinan los arts. 88 al 91 de la ley Hipotecaria, á los que nos referiremos al comentar el artículo siguiente.

Códigos extranjeros.—Aunque en general casi todos los Códigos incluyen el legado de educación en el de alimentos, considerándole una parte de éste, la doctrina del art. 879 de nuestro Código concuerda con la de los artículos 1134 del Código de Chile, 3790 del de la República Argentina, 895 del de Uruguay, 1192 del de Colombia, 846 del de Italia, 1831 del de Portugal, 3580 al 3583 del de Méjico, y 3399 al 3402 del de la Baja California.

ARTÍCULO 880

Legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.

Legado de renta ó de pensión.—Ofrece este legado bastante analogía con el de alimentos, en cuanto ambos representan una prestación que se cumple periódicamente; pero el legado de alimentos, por su objeto especial, tiene marcados límites distintos, y no siempre se cumple mediante la entrega de una cantidad en metálico.

El legado de renta puede tener por objeto suministrar ali-

mentos á una persona, pero también puede destinarse á otros múltiples objetos, como sostenimiento de establecimientos benéficos ó de instrucción, limosnas, premios, construcción de obras determinadas, dotes de doncellas ó de religiosas, etc.

El legado de renta ó pensión consiste en la obligación de entregar periódicamente determinada cantidad ó el producto de un capital fijo al legatario. La entrega puede hacerse todas las semanas, todos los meses, por trimestres, semestres, años, etc.; y esa renta ó pensión puede hallarse ligada á la vida de una persona (vitalicia), ó limitarse á un número determinado de años, ó hasta conseguir su objeto (temporal), ó deber subsistir por tiempo indefinido (perpetua). Nace siempre al morir el testador.

Véase el comentario del art. 788, que guarda con éste evidente relación.

El art. 880 se refiere á la renta ó pensión vitalicia, pero sus preceptos son aplicables á toda clase de pensiones.

No debe confundirse el legado de renta con el de una cantidad determinada que ha de entregarse en varios plazos. Por regla general, en éste se fijará el capital y los plazos siempre limitados en que debe pagarse, establecidos en interés del heredero. En aquél se fijarán las cantidades parciales que en plazos periódicos continuos, y á veces indefinidos, deben pagarse en interés del legatario.

No nos parece cierta la opinión de Troplong, Vitali y otros, fundada en el derecho romano, de que en el legado de renta deben verse una serie de legados, tantos como plazos, todos condicionales. Vemos un solo legado puro que se cumple periódicamente, y en el que basta tener capacidad al tiempo de morir el testador, aun cuando, por razón natural, si la renta es vitalicia, se extinga por la muerte del legatario, y si tiende á un fin temporal, termine al cumplirse ese fin. Aparte de esto, el testador puede hacer el legado condicional.

La regla legal, como en el art. 148, es que la cantidad se entrega siempre adelantada, de suerte que la del primer período

puede reclamarse cuando empieza, ó sea al morir el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos. Si la renta es vitalicia, aunque el legatario muera al segundo ó tercer día de empezar uno de los períodos, pueden reclamar sus herederos la renta de ese período íntegra, si aun no había sido entregada; y no tienen nada que devolver, si ya había sido satisfecha.

El testador puede alterar estas reglas y limitar como quiera el legado.

El art. 880 se halla en relación con los 508, 788 y 820, número 3.°, á cuyo comentario nos referimos.

Con el legado de renta tiene alguna analogía el legado de usufructo, uso ó habitación. El legado de una cosa con prohibición de enajenarla, se entiende legado de usufructo. Si el testador no dispone de la nuda propiedad, ni determinadamente, ni como comprendida en el remanente de sus bienes, corresponderá á los herederos legítimos.

Disposiciones de la ley Hipotecaria con relación á los legados de renta ó pensión.—La exposición de motivos de dicha ley decía sobre este particular: «La garantía de la anotación preventiva, que por regla general basta á los legatarios, no sería suficiente en aquellos casos en que la obligación de la persona gravada no se puede extinguir, entregando la cosa ó la especie legada, sino que es de tracto sucesivo, y que, por lo tanto, necesita una seguridad más permanente que la transitoria que da la anotación. A esta clase de legados pertenecen los que consisten en pensiones ó rentas periódicas, impuestas por el testador á cargo de alguno de los herederos ó legatarios. Si el testador declara su voluntad de que esta obligación sea personal, no habrá sin duda derecho en el agraciado para exigir ninguna otra garantía.

Pero si nada dijo el testador justo es que la anotacion que pudo obtener el legatario dentro del plazo de los ciento ochenta días se convierta en el derecho de obtener una hipoteca, bien sobre los mismos bienes anotados, ó bien sobre otros, adjudicados al que haya de pagar la pensión, y que esto tenga lugar, tanto

respecto al que obtuvo anotación preventiva, como al que, teniendo derecho á obtenerla, fué menos exigente con el heredero ó con el legatario.»

Esta idea fué realizada en los arts. 88 al 91 de dicha ley y 80 de su reglamento. Según ellos, dentro del año desde la fecha de la anotación, si se pidió y obtuvo, el legatario de rentas ó pensiones tendrá derecho á exigir que se convierta en inscripción de hipoteca; y si no medió anotación, en cualquier tiempo podrá exigir esa hipoteca sobre bienes adjudicados al heredero ó legatario gravados.

A estas personas corresponde elegir ó designar los bienes que han de gravarse, debiendo aceptar el pensionista la garantía, siempre que sea suficiente, ó pedir en otro caso ampliación.

La hipoteca deberá constituirse, ó en la misma partición, ó en escritura pública otorgada por el pensionista y el legatario ó heredero gravado, ó por sentencia, si éstos no se avinieren en la manera de constituir dicha obligación.

Códigos extranjeros.—Tratan del legado de renta ó pensión los artículos 3585 del Código de Méjico, 3[illegible]93 del de la República Argentina, 896 del de Uruguay, 1026 del de Veracruz, 1361 del de Chile, 837 del de Italia, 1841 del de Portugal, y 687 del de Austria. En éste y el de Chile, aunque el primer período comienza al morir el testador, la pensión sólo es exigible al fin de cada período, en lo que también convienen los de Italia y Portugal.

ARTÍCULO 881

El legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos.

Adquisición del derecho al legado.—El precepto del presente artículo 881 es general á toda clase de legados puros.

En Roma, con relación á la adquisición de los legados, se aplicaba la doctrina del *dies cædit, dies venit.* Cedía el día cuan-

do se empezaba á deber el legado, cuando nacía el derecho á él. Venía el día cuando podía reclamarse su efectividad. En los legados puros, los dos momentos se confundían; en los legados desde cierto plazo, el día cedía al morir el testador, mas no venía hasta llegar el plazo; en los condicionales, el derecho al legado ó sea el *dies cædit*, se hallaba ligado al cumplimiento de la condición.

La muerte del testador determina el momento en que nace el derecho del legatario en la sucesión, derecho puro, á término ó condicional, como lo hubiese establecido el testador. Este precepto es el general del art. 657. Mas si el legado es condicional, el derecho *definitivo* sobre él depende del cumplimiento ó incumplimiento de la condición. Por eso el art. 881 sólo habla de los legados puros y simples, porque se refiere al derecho definitivo sobre el legado, y no á un derecho eventual. Nótese bien, además, que el artículo habla de derecho al legado, no de derecho sobre la cosa legada.

En efecto, la doctrina del art. 881 es general. Se aplica del mismo modo á los legados de cosa individualmente determinada, propia ó ajena, que á los genéricos y á los alternativos. En todos ellos el legatario adquiere derecho *al legado* al morir el testador.

Si la cosa es determinada y propia del causante, el legatario adquiere en ese mismo momento la propiedad de la cosa ó del derecho legado. Mas si la cosa no es determinada, ó, aun siéndolo, no es propia del testador, la propiedad de la cosa legada no se adquiere hasta que esa cosa se determine; hasta que se sepa cuál es en el legado de género; hasta que se elija por quien corresponda en el alternativo y de opción; en el de cosa ajena válido, hasta que se adquiera ésta por la persona gravada con el legado, ó hasta que por no ser esa adquisición posible, se deba ciertamente su estimación.

Completan la doctrina de ese artículo, con relación á las cosas determinadas, los arts. 882 y 883, y con relación á las cosas genéricas el 884.

Como hemos dicho, el precepto del art. 881 se limita á los legados puros. Sin embargo, es aplicable también á los legados á término y á los condicionales si se cumple la condición en las suspensivas ó no se cumple en las resolutorias, si bien no podrá reclamarse la efectividad del legado hasta que llegue el término ó sea conocido el resultado de la condición. Si el legatario muere antes de cumplirse la condición suspensiva, véase el artículo 799.

Códigos extranjeros.—Concuerda con los arts. 1826 del Código de Portugal, 862 del de Italia, 1014 del francés, 3609 del mejicano y 684 del austriaco.

ARTÍCULO 882

Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos ó rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida ó deterioro, como también se aprovechará de su aumento ó mejora.

ARTÍCULO 883

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

Legado de cosa determinada: su adquisición.—Respecto á la distinción entre el legado de género ó cantidad y el legado de cosa determinada, nos referimos al comentario del art. 875.

En los legados de cosa determinada, el testador precisa de un modo cierto la cosa que lega: el caballo que monto, la casa

que habito, la viña de tantas fanegas en el Rubial, el cuadro de Velázquez que representa tal cosa, la sortija de brillantes que heredé de mi madre, mi reloj de oro, la hacienda de la Torre, los libros de mi biblioteca, etc.

Los arts. 882 y 883 están subordinados á la regla general del 881; el legado ha de ser puro ó hasta cierto plazo; si fuese desde cierto día ó con condición suspensiva, la propiedad de la cosa no se adquiere hasta que llegue el día (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1903), ó mediante el cumplimiento de la condición; si ésta fuere resolutoria, se aplican los artículos 882 y 883, pero el derecho concedido en el momento al legatario es eventual.

Los legados puros de cosa determinada y propia del testador, por su naturaleza especial, separan del cuerpo general de la herencia, desde el momento de la muerte del testador, una cosa fija, cierta, determinada, sea individual, ó colectiva, cuya propiedad se transmite del causante al legatario, si el legado cabe en la parte de bienes de que aquél pudo libremente disponer.

Esto no impide la necesidad de pedir el legatario, con arreglo al art. 885, la entrega de lo que se le legó. Adquiere, según el 882, la propiedad de la cosa legada; mas la posesión se transmite de derecho al heredero ó herederos, en virtud del art. 440, y al heredero, como poseedor ó tenedor de la cosa, ha de pedirse su entrega.

De lo expuesto pueden fácilmente deducirse y aplicarse los efectos siguientes, señalados en los artículos que examinamos.

A) *Frutos.*—Las leyes 34 y 37 del tít. 9.º, Partida 6.ª, asignaban al legatario el señorío de la cosa determinada, propia del testador, desde el momento de la muerte de éste, y en cuanto á los frutos, fijaban una regla general: la de que se debían desde el día en que el heredero aceptase la herencia, salvo si fuese la cosa ajena.

Segun el art. 882, en los legados de cosa propia y determinada, todos los frutos, desde el momento de la muerte del testa-

dor, pertenecen al legatario. Con la palabra *frutos*, el legislador se refiere á los naturales é industriales, y con la palabra *rentas* á los frutos civiles (artículos 354 y 355). Las rentas devengadas y no satisfechas al morir el testador pertenecen á los herederos, y lo mismo los frutos percibidos ya en esa época como anteriores al nacimiento del derecho sobre la cosa legada; pero los frutos pendientes se adjudican como accesorios por la ley al legatario. Otro tanto se dice de las rentas pendientes, pero en esta parte el precepto se halla inmediatamente corregido; la renta pendiente como fruto civil, se considera devengada por días, y ha de dividirse proporcionalmente, atendiendo á la muerte del testador, entre los herederos y el legatario. Hay, no obstante, casos en los que el legatario percibe intereses de la cosa anteriores á la muerte del testador: tal sucede en el legado de crédito, según el art. 870.

Si el testador separó los frutos antes de la época oportuna, los pierde el legatario, como si demoró la operación y le sorprende la muerte, los pierde el heredero. ¿Deberá el legatario abonar los gastos de producción de los frutos pendientes que adquiere? A pesar de la generalidad del precepto del art. 356, debe entenderse que no, porque el art. 882 no impone esa obligación al legatario, y porque éste tiene derecho á la cosa en el estado en que se halle á la muerte del testador, sin deducción alguna, que sería ilógica.

B) *Pérdida ó aumento.*—Es una regla general de derecho que la cosa perece para su dueño, por lo que adquiriendo el legatario la propiedad de la cosa determinada que se le legó en el momento de la muerte del testador, á partir de ese momento, toda pérdida ó deterioro, como toda mejora ó aumento, recaen en contra ó en favor del legatario.

Sin embargo, si la cosa perece ó se deteriora antes de entregarse ó ponerse á disposición del legatario por culpa ó negligencia del heredero, aun siendo cierto que la cosa perece ó desmerece para su dueño, éste podrá reclamar contra el heredero la indemnización. Véase el art. 869, núm. 3.º

C) *Accesiones.*—La cosa ha de entregarse, dice el art. 883, con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador. Este artículo, igual en el fondo al 1018 del Código de Napoleón, que habla de accesorios *necesarios*, en vez de referirse á *todos* los accesorios, contiene, como dice Troplong, dos reglas: la primera es que la cosa debe entregarse en el estado de buena conservación ó deterioro en que se hallare al morir el testador, la segunda es que esa entrega comprende todo lo que se haya añadido natural ó artificialmente á la cosa, de tal modo que deba estimarse un accesorio de la misma, desde la fecha del testamento á la de la muerte del causante.

Si el testador lega un ganado ó una biblioteca, el legatario recibirá una ú otra cosa tal como se halle en el momento de la muerte, aumentada con nuevas adquisiciones, ó disminuída por grandes pérdidas; si lega su casa, y al morir se halla ruinosa, el legatario no puede exigir reparaciones. Estas son consecuencias de la primera regla.

Para aplicar la segunda es necesario que se trate de verdaderos accesorios de la cosa. Si se tratara de nuevas adquisiciones que constituyesen entidades nuevas é independientes, susceptibles de subsistir por sí solas, estas nuevas adquisiciones no pertenecerían al legatario á no disponerlo expresamente el testador, porque la ley sólo habla de lo accesorio, de lo que no puede ó no debe subsistir sin lo principal, ó de lo que sin ello no puede tener vida propia.

Así, siguiendo prudentemente la doctrina del Código francés en su art. 1019, diremos que las mejoras de puro lujo ó recreo, las nuevas construcciones ó plantaciones hechas por el testador sobre la finca legada, el aumento comprendido en el muro que circunda un recinto y otras adiciones análogas, debe entenderse que forman parte del legado, porque al incorporarlas á la cosa de un modo permanente, manifestó el testador su intención de que siguieran á la misma y pasasen á poder del legatario.

Goyena, al comentar el art. 699 del proyecto de Código

de 1851, dice: «Llámase accesorio de la cosa legada todo lo que, sin ser la misma cosa, tiene con ella tal relación que no *debe* separarse, y antes bien debe seguirla.» Esta idea amplía mucho el alcance de esa palabra, porque la extiende á cosas que *pueden* separarse y subsistir con independencia, aunque envuelvan cierta necesaria relación y hasta á veces dependencia. Así no sólo debe en tal sentido afirmarse, siguiendo á la ley de Partidas (37, tít. 9.°, Partida 6.ª), que legado un campo, es un accesorio la viña ó el arbolado plantados en él, ó legado un solar es un accesorio el edificio sobre él construído, sino que hay que admitir que *como accesorios* se comprenden también los útiles necesarios al uso de la cosa legada, como expresan algunos códigos extranjeros. Legado un carro se comprenden en ese legado las bestias que lo conducen y los arreos; legado un reloj, va con él la cadena; legada una fábrica, se entiende legada la maquinaria y demás objetos necesarios para su uso, etc. Del mismo modo, legada una labor, heredad, cortijo ó hacienda, las caballerías y aperos destinados á su labranza van incluídos en la manda, y cuantos terrenos ó trozos hubiese el testador agregado á esa labor para ser cultivados, sirviéndoles el mismo edificio de la heredad de lazo de unión.

¿Es esta la idea del Código en el art. 883? Tomado este artículo del 699 del proyecto de 1851, y dada la autoridad de Goyena, creemos debe darse á la palabra *accesorios* un sentido amplio, y estimar como cosa accesoria la que depende de otra aun por simple voluntad del testador, que al agregarla manifestó su intención de que continuasen juntas y así pasasen al legatario; pero en todo caso hay que tener presente que nuestro Código sólo habla de accesorios, de modo que sólo á lo que en algún sentido deba considerarse como cosa accesoria puede ser aplicable.

En caso de duda hay que examinar con detención el testamento, buscar la verdadera intención del testador, consultar las costumbres del lugar, los principios generales sobre lo principal y lo accesorio, etc., para decidir si procede ó no considerar

aumentado el legado. Y si los interesados no pueden ponerse de acuerdo, resolverán los Tribunales.

Códigos extranjeros.—Con los artículos citados 1018 y 1019 del Código francés están conforme los 876 y 847 del Código de Italia, y 1843 y 1844 del Código de Portugal, relacionados con el 883 de nuestro Código. Hablan de utensilios ó útiles necesarios para el uso de la cosa los arts. 1118 del Código de Chile, 1176 del de Colombia y 3761 del de la República Argentina, si bien refiriéndose á los que existan en la misma cosa.

Véanse, además, y con relación al art. 882, los 1014 y 1015 del Código francés, 863 al 865 del de Italia, 1840 del de Portugal, 877 y siguientes del de Guatemala, 3603 y 3604 del de Méjico, 898 del de Uruguay, etc.

ARTÍCULO 884

Si el legado no fuere de cosa específica y determinada, sino genérico ó de cantidad, sus frutos é intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente.

Adquisición de la cosa en el legado de género.—Vuelve á ocuparse el art. 884 del legado de cosa indeterminada (género ó cantidad) para señalar un efecto especial del mismo con relación á los frutos, siendo de notar que no señala la regla, sino la excepción.

Como la cosa indeterminada no puede saberse cuál sea hasta que se escoja ó designe, la doctrina de los arts. 882 y 883 no puede serles aplicable. No cabe hablar, por regla general, de aumentos ó mejoras, deterioros, pérdida ni accesorios desde la muerte del testador, sino en todo caso desde que la cosa se determine.

Parece, sin embargo, que no debía ocurrir lo mismo respecto á los frutos y rentas. Retrotrayendo el momento de la aceptación, y el de la elección ó determinación de la cosa legada, á la

fecha de la muerte del testador, sería posible conocer cuáles habían sido los frutos ó rentas que produjo, y concederlos al legatario, que, en todo caso, adquiere derecho al legado desde el momento de la muerte, según el art. 881.

Esta solución no ha prevalecido. Los herederos son los poseedores de los bienes hereditarios hasta que la cosa se señale ó escoja: más aún que esto, hasta que se reclame ó entregue el legado; ellos conservan los bienes y satisfacen los gastos para su producción; á ellos pertenecen los frutos como regla legal general, no expresa, pero sí deducida del art. 884. Cuando se trata de cosa ajena, los frutos pertenecerán á su dueño hasta que de ella se desprenda.

En cuanto á los legados de una de varias cosas, determinadas por su relación de propiedad con el patrimonio del causante, á los que nos referimos en el art. 875, equivalen á legados alternativos ó de opción, y no siendo posible aplicarles el artículo 882 mientras la cosa no se individualice, han de comprenderse en el 884.

Esto supuesto, ¿cuál será la regla general en el art. 884? ¿Desde cuándo se deberán los frutos y se adquirirá derecho sobre la cosa legada, si el testador nada dispone expresamente? Los Códigos de Francia, Bélgica é Italia deciden, con relación á toda clase de legados, que los frutos ó intereses de la cosa no pertenecen al legatario sino desde el día de su entrega voluntaria, ó en su defecto, desde el día de la demanda judicial. En nuestra patria, antes de regir el Código, se entendía que los frutos de cosa genérica ó ajena no se debían sino desde el día de la entrega, ó desde el día en que el deudor incurriese en mora, entendiéndose que incurría en mora al ser demandado judicialmente desde el día de la contestación á la demanda.

El Código nada dice. Si el motivo de no aplicarse á esta clase de legados la regla del art. 882, es el no constar determinadamente la cosa que se lega, parece que al individualizarse de un modo irrevocable la prestación, y existir ya, por tanto, una cosa determinada, siendo el legado puro, nace la obligación de entre-

garla, y llega el momento de pertenecer los frutos ó intereses, las mejoras ó aumentos, y los deterioros ó pérdidas al legatario, siempre que la persona gravada con el legado ponga éste á disposición de su dueño, y con mayor razón si realiza su entrega material. Si la persona gravada incurre en mora, será responsable por su negligencia de la pérdida ó deterioro, sin perjuicio de deber la cosa con sus frutos y aumentos desde la fecha en que conste se hizo la elección, designación ó adquisición (siendo ajena) del objeto, y de la aceptación del legado por el legatario.

En suma: creemos que aceptado el legado, y considerando al heredero ó persona gravada como un deudor, es aplicable el artículo 1095: el legatario tiene derecho á los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, aunque no adquiera derecho real sobre ella, hasta que le haya sido entregada. Y nace la obligación de entregar, desde que la cosa, una vez determinada, se pide con arreglo al art. 885, ó una vez pedida, se determina y hace cierta.

La regla tiene varias excepciones, aun no tratándose de legados á plazo ó condicionales, y siempre bajo la base de que quepan en la parte de bienes de que el testador pudo disponer:

Es la principal de ellas, el caso en que el testador hubiere dispuesto expresamente que los frutos ó intereses se abonen desde el día de su muerte. Si el heredero oculta dolosamente la existencia del legado al legatario, es también doctrina aceptada que debe los frutos desde el momento de la muerte.

Los legados de alimentos, educación ó renta no constituyen excepciones, porque en ellos la renta, pensión ó cantidad que ha de entregarse forman el legado, y no sus frutos.

El legado de 75.000 pesetas y lo que produzca esta suma, impuesta en cierto establecimiento, es de cantidad, y debe regularse por el art. 884, y no por el 882, según declara la sentencia de 25 de Noviembre de 1891.

Legada una cantidad, aunque con arreglo á la voluntad del testador deba pagarse ó abonarse en fincas, no puede el legatario exigir rentas ni intereses, sino en el caso de haberse conce-

dido expresamente tal derecho en el testamento, por ser aplicable el art. 884. (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1903.)

La de 27 de Octubre de 1904 declara á su vez, que cuando se lega una cantidad, aunque haya alguna dilación en su entrega, no siendo esta dilación maliciosa, no se deben intereses, á no haber dispuesto otra cosa el testador.

Códigos extranjeros.—Aparte lo expuesto sobre los Códigos de Francia é Italia, artículos 1015 y 865, dispone el art. 1840 del Código portugués, que los frutos de la cosa legada pertenecen al legatario, salvo expresión en contrario del testador, desde la muerte de éste. Los artículos 1395 del Código de Colombia y 1138 del de Chile, asignan en los legados de género al legatario los frutos desde que el deudor incurre en mora. El 778 del de Guatemala señala el momento de la muerte, pero añade que los intereses de los legados en dinero se deben al pasar un año desde el fallecimiento del causante.

ARTÍCULO 885

El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.

ARTÍCULO 886

El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Varias leyes de Partida trataron de esta materia. Prohibía en forma general la ley 10, tít. 10, Partida 7.ª, á toda persona apoderarse por fuerza de las cosas, bajo la pena de perder el do-

minio ó el derecho que tuviere sobre ellas. Imponía la ley 37, título 9.°, Partida 6.ª, al heredero la obligación de pagar ó entregar los legados, pudiendo concedérsele para ello un plazo, según la 38 siguiente. Y facultaba, por último, la 2.ª del tít. 10 de la misma Partida, á los albaceas, para verificar la aludida entrega en la forma ordenada por el testador.

I.—Entrega del legado

Aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador, y aun adquiera en ese mismo momento la propiedad de la cosa legada puramente, siendo propia del testador y determinada, le falta la posesión, transmitida de derecho á los herederos con arreglo á la ley, por lo que es indudable que no puede ocupar por su propia autoridad la cosa que se le legó, sino que ha de reclamar la entrega ó posesión á la persona gravada con la manda, ó al albacea, cuando éste se halle autorizado para esa entrega.

Hay otra razón de importancia, que aunque afecta más bien al derecho al legado que á la posesión de la cosa, aconseja el precepto del art. 885. A los herederos corresponde apreciar hasta qué punto puede cumplirse el legado, pues si aceptan á beneficio de inventario, no cabe realizar el pago de esos legados mientras no se hallen satisfechos todos los créditos contra la herencia, y en todo caso, si existen legitimarios, hay que apreciar, teniendo en cuenta las donaciones, si caben ó no en la parte de libre disposición de los bienes. Por estas razones, el legatario de un crédito contra un tercero no puede cobrarlo por sí mismo sino mediante la cesión de acciones del heredero, como se ha expuesto en el comentario al art. 870.

Véase en el del 813 la sentencia de 7 de Abril de 1906.

La sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo de 13 de Abril de 1896, declara que á los herederos, como representantes del testador, corresponde entablar toda reclamación relativa á los bienes hereditarios, no siendo necesaria la inter-

vención de ningún legatario, aunque éste lo sea de parte alícuota para que dicha reclamación prospere, pues el legatario, según el art. 885 del Código, tiene que pedir el legado á esos herederos.

El albacea puede estar facultado para pagar los legados por el testador ó por los mismos herederos, y en general determina el art. 902 que al albacea corresponde, entre otras cosas, cuando el testador no ha marcado especialmente sus facultades, satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito de los herederos.

La situación del legatario de cosa determinada no puede ser más excepcional. Dueño del objeto legado desde el momento de la muerte del testador, ha de esperar que los herederos testamentarios ó legítimos acepten la herencia. Al fin esta es una pequeña dilación, no frecuente; pero si los herederos no aceptan, ni nadie reclama la herencia, ni existen albaceas facultados por el testador ni por la ley para la entrega de los legados, no se le puede obligar á que gestione para que haya herederos, sean los que sean, ni puede el legado quedar sin cumplimiento.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1861 y 15 de Marzo de 1881, conforme con ellas la resolución de los Registros de 15 de Diciembre de 1887, suponen que subsiste la personalidad del difunto mientras la herencia está yacente, y que á los albaceas corresponde en tal caso representar la testamentaría.

Obsérvese, no obstante, que tal doctrina no siempre es aplicable, por no hallarse en general conforme con lo que disponen los arts. 902 y 903 sobre facultades ordinarias de los albaceas, á no haber sido autorizados por el testador, y que puede no haber albaceas testamentarios ni ser conocidos los legítimos.

Siempre que se halle la herencia yacente y los albaceas no se hallen facultados para el pago de las mandas, creemos que los legatarios, como interesados, después de instar para que el heredero acepte ó repudie, si tal extremo no constase (art. 1005), deben pretender, con arreglo al art. 1020, que se nombre un

administrador de la herencia, al cual incumbe desde luego; según los 1026 y siguientes, el pago de los legados. Así lo establece el art. 1038 del Código portugués, y ese procedimiento creemos que es el más adecuado y legal en la doctrina de nuestro Código.

Del mismo modo puede pedirse que se determine la cosa legada en forma genérica ó alternativa por quien corresponda, como acto previo para reclamar su entrega.

La entrega del legado suele hacerse de ordinario voluntariamente. El art. 886 dicta ciertas reglas generales. En el legado de cosas debe darse la misma cosa legada, determinada por el testador, ó escogida entre las del mismo género por quien corresponda, siempre que sea posible, esto es, pudiendo hacerse como dice el artículo. Se cumple, sin embargo, con dar su estimación en el caso del art. 861, en el del 863, en el del 878, y cuando el legatario se avenga á ello.

Los legados en dinero deben ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia, salvo cuando el testador hubiese facultado para entregar otra cosa si no hubiese metálico, ó cuando el heredero y el legatario convengan en que se realice el pago en otra forma. Mas si se lega precisamente dinero y así lo exige el legatario, y no existe metálico en la herencia, el artículo 903 determina lo que debe hacerse, por lo que á su comentario nos remitimos.

Otras reglas hemos señalado sobre la entrega, por relacionarse con tal acto toda la materia de los legados, y haber tenido necesidad de ocuparnos de la misma al comentar los arts. 859, 860, 861, 863, 870, 871, 875, 879, 880 y 883.

Respecto á la forma de la entrega ó transmisión de la posesión de la cosa ó del derecho legados, véanse los arts. 1461 al 1463, que aunque referentes á la venta, son los que determinan las distintas formas de tradición admitidas en nuestro derecho.

En cuanto al lugar en que deba cumplirse el legado, será, en primer término, el que hubiese designado el testador, y en su

de fecto, el en que radique el objeto legado ó el del domicilio del deudor.

Por último, en cuanto á la época ó tiempo en que puede reclamarse la entrega del legado, el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Noviembre de 1900, con relación á los legados de cosa determinada, ha declarado que perteneciendo en dominio al legatario, con sus rentas y mejoras, desde la muerte del testador, es indudable que tienen acción para reclamarla desde luego al albacea autorizado para darla, según las prescripciones de los artículos 881 al 885 del Código civil, sin perjuicio de que contra dicha reclamación se opongan las excepciones que sean procedentes, porque la entrega de los legados de esta naturaleza no impide que el albacea cumpla con su cometido en el tiempo y forma que el testador y la ley le imponen.

Lo mismo debe decirse cuando la entrega se reclame á los herederos; si existe algún obstáculo, por no haberse aceptado la herencia, lesionarse las legítimas, ser preferente el pago de deudas, etc., los herederos excepcionarán y probarán estos hechos, dependiendo de esto el éxito de la reclamación que por los legatarios se entable.

Con relación á los mismos legados de cosa específica, suscitóse la cuestión de si los de renta ó pensión debían hacerse efectivos con cargo á bienes propios del heredero usufructuario, ó de la herencia con perjuicio de los herederos propietarios; pero habiéndose entablado por éstos en tercería de dominio la acción reivindicatoria, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Junio de 1901, declara no procedente tal acción, sin resolver acerca de lo relativo á la entrega de los legados. De esta sentencia nos ocuparemos en el comentario del art. 1068, que es donde tiene más oportuno lugar.

Según la sentencia del mismo Tribunal, de 24 de Mayo de 1905, el albacea ó heredero sólo tienen el deber de entregar la cosa legada, sin que ni del art. 885 ni del 1065 se pueda deducir que deban además subsanar los efectos que impidan la inscripción de las fincas ó derechos legados.

Gastos para la entrega de la cosa legada.—Constituyen, según el último párrafo del art. 886, una carga de la *herencia*, no precisamente del heredero ó legatarios gravados, sino de la sucesión ó herencia, pues ésta es la que debe soportar la baja de los legados y gastos que origine su cumplimiento.

Para ello exige justamente el artículo que se trate de gastos *necesarios*, lo cual alude al caso en que se verifique la entrega voluntariamente. Si mediase reclamación judicial por verse el legatario forzado á acudir á los Tribunales para conseguir el pago de lo suyo, no es justo que soporte costas que anularían el legado, ó le reducirían sin razón ni justicia, y judicialmente se declarará quién debe sufrir los gastos ó costas del litigio.

Si el legatario exige ciertas formas ó medios de entrega demasiado costosos y no precisos, ó si innecesariamente entabla demanda ó promueve cuestiones ajenas al asunto; en suma, si ocasiona gastos no necesarios, en cuanto á ellos no serán responsables los herederos, sino el mismo legatario que los ocasionó.

Aparte del caso en que se trate de gastos no necesarios, caso en el cual, lejos de alterarse la regla, se confirma, el principio de ser los gastos carga de la herencia tiene dos excepciones:

1.ª Cuando al pagarlos los herederos sufriese reducción la legítima.

2.ª Cuando el testador dispone expresamente que los gastos de la entrega sean á cargo del legatario ó de la persona gravada especialmente con el legado, bien entendido que si el heredero oculta la manda ó se niega á su entrega, en suma, si por sus actos ocasiona gastos innecesarios, él solo será el responsable, sin que pueda librarle el testador.

Los gastos de escritura para proveer de titulación al legatario serán á cargo de la herencia Los gastos posteriores á la entrega, pago del impuesto de derechos reales, honorarios del Registrador, etc., son ya de cuenta del legatario.

Respecto á los gastos que puedan originarse para la subsanación de defectos que impidan la inscripción, véase la sentencia

de 24 de Mayo de 1905, á la que nos hemos referido anteriormente.

II.—Medios para conseguir la efectividad de los legados

El legatario de cosa determinada es dueño de ésta desde el día de la muerte del testador. El legatario de género ó cantidad es siempre un acreedor. De aquí se derivan las acciones que á unos y otros legatarios corresponden.

Tienen, en primer término, el derecho de exigir del heredero ó persona gravada la entrega de su legado, y para hacer eficaz ese derecho les corresponde una acción personal derivada del testamento, llamada acción *ex testamento*.

Y á fin de que mediante falsas enajenaciones ó simulación de créditos no quede esa acción completamente estéril, el legatario de género ó cantidad, como acreedor, puede entablar la acción rescisoria para que queden sin efecto los actos otorgados por los herederos en su perjuicio, si de otro modo no puede obtener el cobro de su legado.

En cambio, el legatario de cosa determinada, como dueño, puede entablar la acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga el objeto en su poder, demostrando la identidad de la cosa legada. Para ello no necesita tener de antemano la posesión; pide el dominio que desde luego le corresponde, y también podrá pedir la posesión ó entrega si el heredero le hubiese cedido sus acciones, ó si en la partición de la herencia se le hubiere adjudicado la cosa legada.

También el mismo legatario, en casos excepcionales en que no haya herederos ni albacea á quien reclamar, si nadie posee los bienes en concepto de dueño, puede inscribir su legado específico, y pedir la posesión judicial por los trámites marcados en los arts. 2056 al 2060 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó por medio del interdicto de adquirrir, si concurren los requisitos que la misma ley exige para este juicio.

Por último, al legatario de parte alícuota corresponde el de-

recho de promover el juicio voluntario de testamentaría, y á los legatarios que no lo sean de parte alícuota la facultad de pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la propiedad para asegurar provisionalmente la efectividad de su legado, siempre que existan en la herencia bienes inmuebles ó derechos reales (art. 42 de la ley Hipotecaria, núm. 6.º).

Anotación en favor de los legatarios.—El legatario de *una cosa determinada* ó inmueble puede pedir en cualquier tiempo la anotación preventiva, aunque precisamente sobre los bienes determinadamente legados. Lo mismo ocurre cuando se legan créditos ó pensiones sobre determinados inmuebles. En tales casos, el legatario conserva su derecho preferente sobre esos bienes, sin que el heredero pueda inscribir á su nombre la finca ó el derecho legados, salvo la anulación ó reducción de la manda en los casos en que proceda con arreglo á derecho.

El legatario de *género ó de cantidad* podrá exigir anotación del valor de su legado sobre cualesquiera bienes raíces de la herencia que no estén legados especialmente á otros, y sean bastantes á cubrirlo, aunque aparezcan ya anotados á favor de otro legatario de igual clase.

Estas anotaciones pueden pedirse en cualquier tiempo; pero la ley distingue sus efectos, según que se pidan dentro de los ciento ochenta días siguientes á la muerte del testador, ó después.

Dentro de los ciento ochenta días el legatario elige, digámoslo así, los bienes que han de ser anotados entre los de la herencia. La anotación de preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, á estos legatarios sobre los que no hicieron uso de su derecho en el mismo término, y si la herencia fué aceptada puramente, sobre los acreedores del heredero y sobre cualquiera otro que con posterioridad á la anotación adquiera algún derecho sobre los bienes anotados, si bien, como queda dicho, en cuanto al importe de los bienes, y nó al valor del legado.

Los legatarios que anoten dentro de los ciento ochenta días no tienen preferencia alguna entre sí.

Después del plazo de los ciento ochenta días los legatarios de género ó cantidad sólo pueden pedir anotación preventiva sobre los bienes que, según el Registro, subsistan en poder del heredero, de modo que si éste los hubiese enajenado ó gravado en todo ó en parte, el legatario no podría anotar más que los que quedasen al heredero, con los gravámenes que los afectaran. La anotación obtenida sólo da en este caso preferencia sobre cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiera algún derecho sobre los bienes anotados, pero no sobre ningún otro legatario, aunque por su parte no solicite la anotación.

Cuando diversas anotaciones de legados de género recaigan sobre unos mismos bienes, los legatarios que anotaron después de los ciento ochenta días no cobrarán sino en cuanto alcance el importe de los bienes después de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotación.

La anotación preventiva de los legados puede hacerse por convenio entre las partes ó por mandato judicial.

Para dar eficacia á estas disposiciones, el art. 49 de la ley Hipotecaria prohibe al heredero inscribir á su favor los bienes hereditarios antes de transcurrir el plazo de los ciento ochenta días, á no renunciar previamente y en escritura pública todos los legatarios á su derecho de anotación, ó serles notificada á todos la solicitud del heredero, para que si quieren puedan oponerse en el término de treinta días. La no oposición se considera renuncia tácita.

El heredero, en todo caso, puede anotar preventivamente á su favor los bienes no legados especialmente, hasta que conste la renuncia expresa ó tácita de los legatarios.

Caduca la anotación extendida á favor de los legatarios de género al año de su fecha, ó dos meses después del día en que el legado fuese exigible.

Inscripción de legados de cosa determinada.—Aunque el legatario de cosa determinada es dueño de ésta desde el día de la muerte del testador, para inscribirla á su favor no basta la pre-

sentación del testamento, y se exige escritura pública de entrega del legado por quien corresponda, con arreglo á los preceptos de la ley Hipotecaria y al art. 885 del Código, lo cual se explica por las limitaciones que impone este artículo y los 817, 820 al 822, 1027 y 887.

Códigos extranjeros.—Concuerdan los artículos 885 y 886 con los 3609, 3613 y 3614 del Código de Méjico, 900 y 901 del de Uruguay, 1030 y 1031 del de Veracruz, y 3427, 3431 y 3432 del de la Baja California. Aunque no tan idénticos, encierran la misma doctrina los artículos 1014 y 1016 del Código de Francia, 863 y 877 del de Italia, y 1838 y 1842 del de Portugal, y en éste, á más de lo expuesto en el texto, se concede expresamente en el art. 1857 al legatario de cosa determinada el derecho de reclamar á todo tercero.

ARTÍCULO 887

Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

1.º Los legados remuneratorios.

2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.

4.º Los de alimentos.

5.º Los de educación.

6.º Los demás á prorrata.

Orden de prelación para el pago de los legados.—Continúa ocupándose el Código en este artículo de la entrega ó pago de los legados, y previendo el caso de que los bienes de la herencia no alcancen para satisfacerlos todos, establece el orden bastante racional y fundado que han de seguir los herederos.

Dadas las oscilaciones de la fortuna, puede ocurrir, en efecto, que al morir el testador, no obstante toda su previsión, haya desaparecido una gran parte de sus bienes, no habiendo bas-

tante para pagar todos los legados que ordenó. En tal caso el orden legal con que deben pagarse, es el siguiente;

1.° *Legados remuneratorios.*—La ley no ha hablado especialmente de ellos por no juzgarlo necesario. Los legados remuneratorios recompensan servicios prestados al testador ó á su familia; servicios que no tienen precio, que no dan lugar á una deuda exigible, pero que no por eso dejan de constituir algo equivalente al premio ó recompensa otorgado por el testador. Véase el comentario del art. 619.

Esto explica la preferencia absoluta que á esos legados concede el art. 887. Son, en cierto modo, algo más que una simple liberalidad, y los legatarios algo así como acreedores morales, que si nada tienen derecho á reclamar ante el derecho civil, tienen derecho á algo con arreglo al derecho natural.

Mas es necesario que en verdad se trate de legados remuneratorios. Si se presentase cuestión sobre el particular, al legatario correspondería la prueba y los Tribunales decidirían en cada caso lo que estimasen procedente.

2.° *Legado de cosa cierta y determinada que forma parte del caudal hereditario.*—Se excluyen los legados de cosa que, aunque cierta, no es propia del testador, sino del heredero, de un legatario ó de un extraño. Aquí el testador, al determinar la cosa demuestra su intención de que sea disfrutada exclusivamente por el legatario.

Se pagan, pues, primero los legados remuneratorios, si los hay, y después se separan del caudal las cosas determinadas que legó el testador. Con esto quedarán sólo legados de género ó de cantidad para sacarlos del cuerpo de la herencia, legados que, en efecto, no deben ser preferidos á los de cosa cierta.

Así el testador lega á Juan el caballo que acostumbraba á montar, y á Pedro dos de sus caballos; sería anómalo preferir á éste y entregarle aquel caballo y otro, aun con pretexto de ser los únicos de la herencia. El testador, al determinar la cosa legada á Juan, muestra bien claramente su voluntad de que en esa cosa sea Juan preferido, y de que esa cosa se separe de las

del mismo género indeterminadamente legadas á Pedro ó á otra persona.

3.° *Legados que el testador haya declarado preferentes.*—Igualadas todas las mandas de cosa determinada, por juzgarse todas preferentes con arreglo á la voluntad del testador, forman en este grupo sólo los legados de género ó cantidad que el causante quiso de modo expreso que se pagasen con preferencia.

4.° *Legados de alimentos.*

5.° *Legados de educación.*—Estos dos grupos de legados encierran en su objeto la razón de su preferencia, siendo, en efecto, más sagrado el legado de alimentos que el de educación.

A falta de todas la citadas especies de legados, si aun existe caudal en la herencia, las demás no merecen preferencia alguna al legislador, y se pagarán proporcionalmente, ó sea á prorrata, relacionando el caudal disponible con el importe de todos los legados y con el de cada uno de ellos. Así, multiplicando la cantidad que resta del caudal disponible por el importe de cada legado, y dividiendo el producto por la suma repartida en legados por el testador (salvo los declarados de preferente pago) se hallará lo que á cada legatario debe entregársele.

Razón de estas disposiciones.—A los efectos del art. 887, por bienes de la herencia debe entenderse la parte de dichos bienes que puede ser aplicada al pago de los legados. En una sucesión sin créditos existentes contra la misma ni herederos forzosos, serán todos los bienes. En otra sin herederos forzosos, más con tales créditos, aceptada á beneficio de inventario, será la diferencia entre el activo y el pasivo del testador. Por último, cuando haya herederos forzosos, el precepto del art. 887 se limita á la parte de los bienes de libre disposición, teniendo en cuenta las donaciones hechas en vida por el causante.

En el último caso, el precepto de este artículo parece contradecir al del 820, núm. 2.° Al comentar este artículo nos hemos ocupado del particular.

Parece extraño que el legislador, sobreponiéndose á la voluntad del testador, aun en la parte de sus bienes de libre dispo-

sición, declare en el art. 887 con prelación los legados remuneratorios y los de cosa determinada, sobre aquellos que el testador quiso que se pagasen preferentemente á todos los demás.

Tal anomalía, en todo caso, sólo existiría con relación á los remuneratorios. Los legados que el testador estima preferentes, ó se refieren á cosas determinadas, ó no. En el primer caso, están incluídos en el núm. 2.° del art. 887, y aun dado el criterio del legislador, si fuese necesario, dentro del grupo, ha de respetarse ante todo esa preferencia concedida por el testador; por lo que hemos afirmado que el núm. 3.° sólo se refiere á los legados indeterminados de género ó de cantidad.

Respecto á los legados remuneratorios, el precepto tiene explicación racional. Tienen esos legados cierto carácter de deuda, y primero es pagar, remunerar ó recompensar servicios prestados, que regalar por pura liberalidad, preferencia ó cariño, aparte de que el testador, al designar el objeto ó fin de tales legados, indica su voluntad de que sean preferidos. Ya hemos dicho que en caso de duda hay que prcbar el carácter remuneratorio del legado.

Dentro de cada grupo de los que enumera el legislador puede presentarse el mismo conflicto que el art. 887 trata en conjunto de solucionar. Parece á primera vista que no puede ocurrir eso en el legado de cosas determinadas, porque, ó existen esas cosas en la sucesión y han de entregarse á su dueño, ó no existen, y el legado queda sin efecto. No es así, sin embargo. Esas cosas representan cada cual su valor especial, que, unido al de los demás, constituye la herencia. Supongamos que sólo existen en ésta cosas determinadas; hay que separar á veces una parte para pago de deudas ó para las legítimas, y si las no legadas especialmente no bastan, hay que tomar del valor de las que se legaron una parte proporcional. ¿Cómo se pagan los legados? Creemos que en tales casos, dentro de cada grupo, ha de atenderse ante todo á la preferencia que quisiera establecer el testador, y no constando la voluntad de éste en contrario, lo justo sería verificar el pago proporcionalmente al importe de cada legado.

Aunque tal sistema presentará serias dificultades prácticas al referirse á cosas indivisibles, como una servidumbre ó un caballo, no encontramos mejor solución. Esas dificultades podían salvarse aplicando los arts. 404 ó 1062.

Como se ve, el art. 887, como el 891, que después examinaremos, rechazan en absoluto toda idea que indique facultad en los herederos voluntarios para retener una parte mayor ó menor de la herencia, aunque toda se distribuya en legados. Han perdido su importancia todas las cuestiones relativas á la *cuarta falcidia*.

Códigos extranjeros.—El art. 1795 del Código de Portugal da preferencia á los legados remuneratorios únicamente por considerarlos como deudas. El 3617 del Código de Méjico, después de los remuneratorios, coloca los declarados preferentes por el testador, y después de éstos, los de cosa determinada. Otro tanto puede decirse del art. 902 del Código de Uruguay y 1032 del de Veracruz. En cambio, el Código de la República Argentina da prelación á los legados de cosa cierta sobre los remuneratorios.

ARTÍCULO 888

Cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

ARTÍCULO 889

El legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuere onerosa.

Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado.

ARTÍCULO 890

El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar éste y aceptar el otro. Si

los dos son onerosos ó gratuitos, es libre para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera.

El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquélla.

Aceptación de los legados.—Tiene el art. 888 su precedente en la ley 33, tít. 9.º, Partida 6.ª, y los 889 y 890, en la ley 36 del mismo título y Partida, la cual sentaba la misma doctrina en todo, salvo en lo relativo al legado de una sola cosa individual ó colectiva, el cual, aun sin gravamen, debía aceptarse en su totalidad, ó renunciarse, no admitiéndose la aceptación parcial.

El legatario es libre para aceptar ó no el legado. La aceptación, en su caso, retrotrae sus efectos al tiempo de la muerte del testador.

Como dice el art. 875 del Código de Guatemala, se acepta expresamente el legado, cuando se pide por el legatario, y tácitamente, cuando se recibe. El legado debe entenderse aceptado mientras no se renuncia. La aceptación ó la renuncia, una vez hechas, son irrevocables.

Entendemos que la repudiación de los legados no es preciso se haga en la forma solemne ó formal que exige el art. 1008, con relación á la herencia. Tampoco procede en caso alguno el beneficio de deliberar, ni la aceptación á beneficio de inventario: los gravámenes, en su caso, nunca pueden exceder del valor del legado.

Los arts. 889 y 890 de este comentario contienen preceptos que requieren poca explicación.

Desde luego, muerto el legatario después que el testador, sin aceptar el legado, transmite esta facultad á sus herederos. La ley, como siempre que habla de la muerte y no de la capacidad, no distingue entre los legados puros y los condicionales. Acerca de éstos, véase el art. 799.

Cuando el testador, al legar, impone alguna condición ó gravamen al legatario, ó cuando hace un legado en parte oneroso y

en parte no, ó dos legados, uno oneroso y otro lucrativo, á una misma persona, el legislador supone que sin la condición, gravamen ó parte onerosa del legado, el testador no lo hubiese dispuesto en su testamento, y de aquí los preceptos de los arts. 889 y 890, que prohiben al legatario aceptar sólo el beneficio y rechazar la carga. En tales casos, el legatario ha de aceptar todo ó nada.

Fuera de esto, el legatario es libre de aceptar un legado y repudiar el otro, siendo ambos onerosos ó ambos lucrativos; aceptar en parte, según se deduce del art. 889, no conforme con el 990, relativo á la herencia, y aceptar el legado y rechazar la herencia, si es á la vez heredero, ó aceptar la herencia y repudiar la manda.

La aceptación, en parte, de un legado no ofrece dificultad, y será rarísima cuando lleve consigo obligación, condición ni gravamen alguno. Aun tratándose de cosas determinadas indivisibles, cabe aceptar sólo su uso ó disfrute vitalicio ó temporal. En cambio, en el legado oneroso, por el cual debe entenderse aquel que impone al legatario algún gravamen, condición ú obligación, cuya importancia no exceda al valor del legado, no se concibe la aceptación en parte, porque, ó se cumple ó no lo dispuesto por el testador; mas no cabe cumplir á medias, bajo pretexto de aceptar la mitad.

Prohibido al legatario aceptar lo útil y rechazar lo perjudicial, claro es que la aceptación en esa forma queda también prohibida á los herederos del legatario, y en este sentido debe interpretarse el párrafo 2.º del art. 889, que permite que unos herederos acepten y otros no; pero bajo la base de que la carga, si la hay, y el beneficio se han de repartir por igual entre los herederos del legatario. Si la carga fuese por su naturaleza indivisible, ha de cumplirse íntegra por los herederos que acepten, aunque sea uno solo, ó éste tendrá que renunciar.

El art. 888 determina que siempre que el legado quede sin efecto por cualquier causa, por morir el legatario antes que el testador, ser incapaz, repudiar el legado, transformación de la

cosa legada ú otro motivo, que deje sin efecto el legado, pero subsistente su objeto ó parte de él, y no se funde, por tanto, en ser la cosa ajena ó propia del legatario, en su pérdida ó enajenación, etc., el legado se refundirá en la masa de la herencia, y como aumento de ella pasará á los herederos. No obstante, en caso de no aceptación, los acreedores del legatario renunciante parece que deben poder ejercitar el derecho que concede el artículo 1001.

El incumplimiento de la condición impuesta al legatario, es uno de los motivos de quedar sin efecto el legado y refundirse en la masa de la herencia, y á él se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1899.

Según la Resolución de 11 de Marzo de 1896, cuando la carga impuesta por el testador no pudiese tener efecto por causa ajena á la voluntad del heredero, debe ser cumplida en los términos más análogos y conformes á la voluntad de dicho testador, con arreglo á los arts. 797 y 798, no procediendo la aplicación del 888 sino cuando se probase que no había términos hábiles para cumplir en forma análoga la expresada carga.

El art. 888 no se refiere á los legados nulos, sino á los legados válidos que quedan sin efecto. El legado nulo no existe legalmente, y no hay lugar á refundir en la masa de la herencia lo que de ella no se ha llegado á separar.

Cuando deba aplicarse el art. 888, si el legado, que queda sin efecto, estaba sujeto á alguna carga ó prestación, los herederos deberán cumplirla. Como en estos casos los bienes del legado se refunden en la masa de la herencia, natural y justo es que ésta cumpla las cargas con que los hubiere gravado el testador. Mas esta obligación creemos que habrá de entenderse con la limitación que establece el art. 858, esto es, que los herederos no responderán del gravamen sino hasta donde alcance el valor de los bienes del legado: el favorecido con la carga no tiene derecho á otra cosa según dicho artículo, al que ha de entenderse subordinada la voluntad del testador.

Ahora bien: si se trata de una condición de carácter personal

que se imponía al legatario determinadamente por sus condiciones ó circunstancias especiales, al renunciarse el legado y refundirse en la masa de la herencia, no tendrán los herederos obligación de cumplirla. Esta doctrina se sustenta fundadamente en la resolución de la Dirección de los Registros de 7 de Enero de 1904.

Si se legaron cosas de un heredero ó legatario, y éstos no pueden ó no quieren admitir la herencia ó el legado, dicho legado pasa á ser de cosa ajena, debiendo aplicarse los artículos 861 y 862.

En el legado válido de cosa ajena, al quedar sin efecto, basta no cumplirlo, con lo que su estimación queda á beneficio de los herederos, salvo el gravamen que en casos especiales debiera cumplir el legatario.

No se refunde el legado en la masa de la herencia en los casos en que proceda el derecho de acrecer (arts. 981 al 987), y en aquellos en los cuales el legatario tenga designado sustituto por el testador. En tales casos, el legado acrecerá al colegatario ó á los colegatarios, ó pasará al sustituto ó sustitutos con el gravamen ó la parte de gravamen que le hubiese impuesto el testador.

Legada á una persona determinada cantidad, y renunciando el legatario al capital, conformándose con percibir sólo una renta ó pensión con cargo al mismo, el capital del legado, aunque gravado, se refunde en la masa de la herencia, y el legatario sólo debe satisfacer el impuesto de derechos reales correspondiente á la pensión que adquiere, y no el de la adquisición de un capital que renunció. (Sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 30 de Octubre de 1899.)

Códigos extranjeros.—Análogo precepto al de nuestro artículo 888 se contiene en el 3924 del Código de Méjico, siendo aun más igual el art. 905 del de Uruguay. En 886 del Código de Italia dispone que cuando el legado quede sin efecto, beneficie á la persona gravada con él, y el 1853 del Código de Portugal dice que en tal caso acrece el legado á los herederos: principio aceptado también por el Código de Guatemala.

Los arts. 889 y 890 concuerdan con los 3596 al 3599 del Código de Méjico, 906 y 907 del de Uruguay, 1813 del de Portugal, y 875 y 876 del de Guatemala.

ARTÍCULO 891

Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Los legatarios no soportan el pago de las deudas hereditarias. Pueden no recibir su legado por ser preferente á su pago los créditos contra la testamentaría, las legítimas y hasta las donaciones; pero si el legado no se anula ó reduce, el legatario lo recibe sin más carga que la que especialmente pudiera haberle impuesto el testador.

El heredero es el que continúa la personalidad jurídica del causante, el que, así como sucede en todos sus derechos no personalísimos, sucede también en todas sus obligaciones, si no tienen ese carácter Como sucesor de las obligaciones, responde del pago de todas las deudas, bien con sus bienes propios y con los heredados, si acepta pura y simplemente, bien hasta donde alcance el caudal de la herencia, si acepta á beneficio de inventario.

El legatario es sólo un sucesor ó adquirente á título particular, cuya personalidad es por completo independiente de la del testador, y así ni se confunde su patrimonio con el del causante, ni la aceptación del legado le impone el deber de pagar ó cumplir obligaciones ajenas, ni en absoluto, ni aun dentro del importe de la cosa legada.

Esta es la regla general. Pero puede ocurrir que no haya herederos, que el testador reparta en legados toda su herencia, y en tal caso, si existen créditos contra la testamentaría, es desde luego más justo su pago que el de los legados, ya que los acreedores reclaman la devolución de lo que dieron al testador,

mientras los legatarios adquieren por título gratuito. Por esto dispone el art. 891 que en tal caso las deudas y gravámenes de que deba responder la herencia en general, se prorratearán entre los legatarios á proporción de sus cuotas, bien entendido, sin embargo, que no ha de llegar nunca á confundirse el patrimonio del testador con el de los legatarios, y, por tanto, que sólo éstos responden al pago de las deudas hasta donde alcance el importe de sus respectivos legados. Otra cosa sería cambiar en absoluto su carácter por el de herederos.

El testador puede alterar la regla disponiendo lo que tenga por conveniente respecto al pago de las deudas y gravámenes que existan contra su caudal. No disponiendo nada especial y repartida la herencia en legados, las deudas y gravámenes se dividen proporcionalmente entre los legatarios, y cada uno de éstos queda responsable solamente por la cantidad que en la proporción le corresponda.

Los acreedores no pueden usar del derecho que les concede el art. 1084 de reclamar su crédito por entero de cualquier legatario, á no ser que dicho crédito sea inferior á la responsabilidad parcial del legatario contra quien se reclame, y todos los deudores solventes. Al practicar la división de los legados pueden dividirse también las deudas y gravámenes, encargando á cada legatario el pago á determinados acreedores, obrando mejor de acuerdo con éstos, que pueden también, si quieren, ejercitar el derecho que les reconoce el art. 1083.

Pregúntase quién representa al testador en el caso del artículo 891, y quién ejercita los derechos que le competen y no hayan sido especialmente legados.

Constituye el activo de la herencia de una persona el conjunto de todos sus bienes y derechos transmisibles. Si todos estos bienes y derechos han sido distribuídos en legados por el testador, que es el caso á que el art. 891 se refiere, no puede quedar derecho alguno que deba ser ejercitado por distinta persona que los mismos legatarios.

El pasivo de la herencia está formado por las deudas y gra-

vámenes hereditarios ó testamentarios, esto es, por cuantas obligaciones contrajo el testador durante su vida ó impuso en su testamento, y todas ellas han de ser cumplidas proporcionalmente. Luego no hay más representación que la de los legatarios.

La única diferencia entre este acto y aquel en que hay herederos es que éstos responden hasta con sus propios bienes al cumplimiento de todas las obligaciones del testador, á menos de aceptar á beneficio de inventario, mientras que los favorecidos con los legados no responden nunca, si no quieren, más que hasta donde alcance el valor de sus respectivas mandas. Borrada esta diferencia en el Código de Méjico, por entenderse allí aceptada siempre la herencia á beneficio de inventario, dice con razón el art. 3369 que cuando todo el caudal se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos representantes del difunto.

No obstante, si ocurrise que algún derecho no hubiera sido especialmente legado, ó que algún legado quedase sin efecto y debiera refundirse en la masa de la herencia, habría alguna porción vacante, algo de que el testador no dispuso, y procedería respecto á esa porción la sucesión intestada, con arreglo al número 2.º del art. 912. Al haber heredero legítimo, éste represetaría la personalidad del causante, con todas las consecuencias que el carácter de heredero lleva consigo.

Códigos extranjeros.—Tienen relación con este artículo el 1794 del Código de Portugal, el 902 del de Uruguay, el 1363 del de Chile y el citado del de Méjico.

El Código de Guatemala, art. 896, conserva al heredero voluntario instituído por el testador, salvo disposición en contrario de éste, el derecho de retener la cuarta parte de los bienes, deducida á prorrata de los legados, cuando el importe de éstos absorba el caudal.

SECCIÓN UNDÉCIMA

DE LOS ALBACEAS Ó TESTAMENTARIOS

Ideas generales.

Desde el momento de la muerte del testador se hace necesaria la existencia de una persona que disponga y haga ejecutar todo lo relativo al entierro, funeral, sufragios y obras de caridad, que vele por la conservación de los bienes, y represente en cierto modo, más ó menos transitoriamente, la personalidad jurídica del sér que físicamente acaba de desaparecer. Llega más tarde la necesidad de ejercer ciertos actos de administración provisional, la de dividir los bienes hereditarios, pagar deudas, satisfacer legados, etc., todo revelando la misma necesidad de sostener transitoriamente la existencia jurídica que cambia de sujeto por la muerte del testador.

Surge en primer término la idea del heredero. ¿Quién con mayor derecho y al mismo tiempo con más sagrado deber, es la persona indicada para realizar esos actos? Él es quien debe cumplir los últimos deberes, las últimas atenciones piadosas que merece el difunto; él es legalmente el sucesor en la posesión de los bienes de la herencia; á él corresponde la entrega de legados, el pago de las deudas, la representación definitiva de la personalidad del causante.

Pero esta idea que parece á primera vista que todo lo resuelve lógica y naturalmente, tropieza en la práctica con dificultades que en muchos casos hacen imposible su realización oportuna; no siempre hay herederos, ó no son conocidos en el momento preciso en que se necesita su gestión, ó se hallan incapacitados ó ausentes, ó teniendo intereses opuestos, no llegan á ponerse de acuerdo, ni á su interesado egoísmo puede siempre confiarse el cumplimiento de determinadas aspiraciones del testador.

Además, desde la muerte del testador hasta la aceptación de la herencia, media á veces cierto período de tiempo en el que cabe

afirmar que esa herencia se halla en suspenso, no tiene aún representante, *yace*. De aquí que la idea de atribuir al heredero todas esas facultades haya de abandonarse, reconociéndose de nuevo con más fuerza la necesidad de una persona distinta al heredero, persona que puede ser nombrada en términos generales el representante provisional de la herencia.

Ventaja habría, en efecto, en refundir en una sola persona ó en un solo cargo todos los derechos y todos los deberes inherentes á esa provisional representación. Pero la ley no lo ha entendido así, y de la expresada necesidad vemos brotar en el Código tres personalidades distintas con existencia independiente, además de la del heredero, á saber: los albaceas (arts. 892 al 911), los administradores de la herencia (arts. 1020, 1026 y siguientes), los contadores (art. 1057). Nada impide, no obstante, al testador reunir las facultades de todos en una sola persona.

El Código se ocupa de los albaceas en la sección que vamos á examinar. Las facultades únicas que á los albaceas concede *la ley*, se detallan en los arts. 902 y 903. El testador puede además conferirles otras muchas que á la ley no se opongan.

Juzgan unos necesaria la institución de los albaceas; la consideran otros completamente inútil si no se ensancha el círculo de sus atribuciones. Fácil es deducir de las ideas expuestas que ambas opiniones son exageradas. Sobran los albaceas en muchas ocasiones por poder ser sustituídos en sus limitadas facultades por los herederos; son absolutamente necesarios en otros casos por no existir tales herederos, ó no poder ó no deber intervenir. En todo caso, y para toda clase de efectos, el albacea debiera representar á la herencia yacente; en todo caso también su personalidad debiera cesar, como provisional, salvo voluntad contraria del testador, al existir ya una representación definitiva, mediante la aceptación por los herederos.

La institución de los albaceas no fué conocida en Roma hasta la época del Imperio. Los herederos eran los solos representantes de la personalidad del testador, y los únicos ejecutores de su última voluntad. Un espíritu de desconfianza, nacido tal vez del

escaso celo de los herederos para el cumplimiento de las mandas *piadosas*, debió motivar el nacimiento de la institución.

Ocúpase de los albaceas en nuestra patria, tanto el Fuero Juzgo, los Fueros Municipales, el Fuero Viejo y el Fuero Real, como las Partidas. Según la ley 1.ª del tít. 10 de la Partida 6.ª, los *cabezaleros, mansesores ó albaceas*, se llamaban también *fideicomisarios*, «porque en su fe y verdad encomienda el testador su intención y el interés de su alma».

Este debió ser el primitivo carácter del albaceazgo: cargo de confianza, cuyo objeto debió ser velar por el fiel y exacto cumplimiento de todo lo concerniente al entierro y funeral del causante, á la celebración de misas, reparto de limosnas, redención de cautivos y cargos de carácter piadoso, resultado de la fe propia de los primeros siglos del Cristianismo, con lo que el testador atendía al bien de su alma, no confiando siempre en que fuesen cumplidas por sus herederos.

De aquí también la excesiva influencia de la Iglesia en esta institución, y el derecho reconocido en nuestras leyes á los Obispos, especie de inspectores que investigaban el contenido de los testamentos, excitaban el celo de los albaceas nombrados, ó los separaban nombrando otros en sustitución de los testamentarios, ó desde luego, si no había albacea designado por el testador, fiscalizándolo todo la jurisdicción eclesiástica y velando por la fiel ejecución de aquél cúmulo de legados piadosos, que en la Edad Media aumentaron la riqueza de las iglesias, monasterios y corporaciones religiosas, y contribuyeron á la creación de obras pías, fundaciones, memorias y aniversarios, patronatos, etc.

Cambiaron los tiempos, disminuyó la fe, la intervención protectora de la Iglesia fué menos necesaria, y entonces, al mismo tiempo que se concedieron á los albaceas nuevas facultades, más ó menos extrañas á su primitivo carácter, se quitó á los Obispos y á la jurisdicción eclesiástica toda intervención en el cumplimiento piadoso de las últimas voluntades. Los interesados, ya fuesen particulares, iglesias, conventos, ó corporaciones civiles ó religiosas, debían siempre acudir á la jurisdicción secular ú

ordinaria, para que ésta compeliese á los albaceas ó herederos morosos á la entrega de los legados ó al cumplimiento de la última voluntad. Pruébanlo las leyes 13, 14 y 16 del título 20, libro 10, y la 16, tít. 1.º, libro 2.º de la Novísima Recopilación.

La legislación sobre albaceas anterior al Código se expone en el tomo 5.º de esta obra, páginas 214 y 279. En el examen del articulado completaremos aquellas ideas.

En los arts. 892 al 911, que tratan de los albaceas, el Código se atiene á los principios consignados en la base 15, ordenando, metodizando y completando la legislación existente. Refiérense también á los albaceas los arts. 690, 747, 749 y 1459

Además, esta materia, sobre todo en lo relativo á los artículos 901 y 902, es una de las que han motivado mayor número de sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección de los Registros, lo que prueba su importancia práctica.

ARTÍCULO 892

El testador podrá nombrar uno ó más albaceas.

Clases de albaceas.—Los autores deducían de nuestro antiguo derecho la existencia de tres clases de albaceas: testamentarios, legítimos y dativos.

Albacea *testamentario* era el nombrado por el testador en su última disposición.

Albacea *legítimo*, aquél á quien por la ley correspondía cumplir la voluntad del testador, ó sea el heredero, y el Obispo en casos determinados.

Albacea *dativo*, el nombrado de oficio por el Juez, y en ciertos casos por las autoridades eclesiásticas, á falta de albacea testamentario, ó por no poder ó no querer cumplir éste ó el albacea legítimo su encargo.

A estas clases añadían algunos la de albaceas *convencionales*, ó nombrados expresa y especialmente por los herederos.

Se ha combatido esta clasificación, sosteniéndose, aun antes de la vigencia del Código, que no existían propiamente más albaceas que los testamentarios.

Respecto á los albaceas legítimos, se ha dicho que, una vez suprimidas las facultades que á los Obispos confería la ley, había desaparecido la clase, ya que el heredero, como tal, tenía facultades y derechos mucho más amplios que los albaceas, y entre esas facultades, como la parte dentro del todo, se hallan incluídas las de ejecutar la última voluntad del finado, siendo anómalo llamar albacea al heredero, como lo sería llamar administrador al propietario.

Carece esta cuestión de toda importancia práctica. Es lo cierto que la ley reconoce al heredero las facultades propias del albacea, cuando por cualquier circunstancia no existen de la clase de testamentarios, y que así como da esa facultad á los herederos, pudiera por desconfianza ó caprichosamente designar ó exigir que se designasen otras personas. Por otra parte, no cabe desconocer que la cualidad de heredero es por completo independiente de la de albacea, y que las facultades de éste no se hallan normalmente incluídas en las de aquél.

Respecto á los albaceas dativos, se sostiene que ya no pueden ser nombrados por los Obispos, y que no procede su nombramiento por el Juez, puesto que cuantos tengan que pedir algo de la herencia ó de los bienes del difunto, deben acudir á la jurisdicción ordinaria, no para que se nombren albaceas, sino para que se declare su derecho y se condene á los herederos.

Queda en esta opinión un cabo suelto, si se sostiene en absoluto, porque el albacea tiene, entre otras, la obligación de disponer todo lo concerniente al entierro y funeral del causante, y esto no es caso de reclamación judicial, ni habría siempre persona que reclamase, ni contra quien se entablase la reclamación.

Dispone el art. 966 de la ley de Enjuiciamiento civil, que en el caso de resultar de las primeras y urgentes diligencias de un abintestato la muerte de una persona sin testamento, y sin descendientes, ascendientes ni colaterales dentro del cuarto grado,

ni cónyuge que viviese en su compañía, procederá el Juez en primer término á nombrar un albacea *dativo* que se encargue de disponer el entierro, exequias, y todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes. Esta disposición no puede menos de estimarse subsistente, por lo que es claro que aún existe el albacea dativo, siquiera sea en casos limitados. Además, extinguido el albaceazgo testamentario, y mientras no haya herederos, puede ser necesario el nombramiento de un albacea por la autoridad judicial.

Viniendo ahora á la doctrina del Código, vemos que el artículo 892 consagra la facultad del testador para nombrar albaceas ó ejecutores de su última voluntad, uno ó varios á su arbitrio, y por tanto, da existencia legal á los albaceas *testamentarios*.

El art. 911 reconoce á su vez la facultad de los herederos para ejecutar, á falta de albacea testamentario, la voluntad del testador, y no es dudoso que dichos herederos pueden designar de común acuerdo, bien á uno de ellos, bien á un extraño, para que se encargue de ese cometido. De aquí que existan también reconocidas en nuestro derecho las clases de albaceas *legítimos*, y convencionales, admitidas en la legislación anterior. También deben estimarse como albaceas *legítimos*, á falta de testamentarios, las personas designadas en el art. 749 para cumplir las las disposiciones hechas indeterminadamente en favor de los pobres.

Por último, ningún artículo del Código se refiere á los albaceas *dativos;* pero como hemos expresado antes, no creemos que esta omisión signifique que haya desaparecido esa clase de albaceas de nuestro derecho, ya que, tal cargo, conferido por el Juez, es necesario en el caso y para el objeto á que se refiere el artículo 966 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Confirma esta doctrina la resolución de la Dirección de los Registros, de 21 de Agosto de 1906.

A pesar de todo, es evidente la superior importancia que reviste el albacea testamentario.

¿Puede el testador nombrar albaceas fuera del testamento?—El testamento es indudablemente la forma adecuada para el nombramiento de uno ó más albaceas; mas el art. 892, al facultar en general al testador para hacer tal designación, no exige determinadamente que haya de hacerlo en su testamento. De aquí que algunos consideren ó entiendan que pueden ser nombrados en un documento auténtico distinto.

No estamos conformes con esta opinión, por muy atendible que sea en el terreno teórico. El art. 892 no habla expresamente de testamento, por creerlo innecesario ó sobreentendido. Tampoco exige el art. 858 que los legados consten en testamento, y, sin embargo, á nadie se le ha ocurrido deducir que pueden hacerse en otro documento distinto. Ni vale alegar como ejemplo el de las donaciones por causa de muerte, bajo el equivocado supuesto de poder ser hechas en una escritura ordinaria, ó, en general, en la forma marcada para las donaciones en los artículos 632 y 633. No hay tal cosa. Dijimos en su lugar y repetimos aquí, que los artículos 624 al 656 sólo hacen relación á las donaciones verdaderamente gratuitas que producen sus efectos en vida del donante, y que después de lo preceptuado en el artículo 620, aquellas donaciones que producen sus efectos por muerte del donante, siguen en *todo*, lo mismo en cuanto á la capacidad, que en cuanto á la forma, y á sus limitaciones y efectos, las reglas de la sucesión testamentaria.

Es regla general, que cuanto el hombre dispone para después de su muerte, halla su lugar propio, adecuado y único en el testamento. Si alguna vez el legislador consiente en la desviación de esta regla, lo consiente de un modo expreso, como se ve en el artículo 831; mas no deja la cuestión libre al prudente arbitrio de los comentaristas. Ahora, como antes, puede nombrar albaceas testamentarios *el testador*. ¿Cuándo? Cuando es tal testador, cuando testa, ó sea en su testamento; ahora como antes, los albaceas que nombra el testador se llaman testamentarios, porque son nombrados en testamento. El Código sólo se ocupa de los albaceas al tratar de la sucesión testamentaria.

Del mismo modo creemos que las palabras del art. 892 exigen que la designación de albacea se haga por el mismo testador, y no por un tercero á quien el testador faculte, á no recaer esta facultad en los herederos, ó en el mismo albacea nombrado y autorizado para delegar (art. 909).

Códigos extranjeros.—Concuerda este artículo con el 1025 del Código francés, el 903 del de Italia, 1885 del de Portugal, 1270 del de Chile, 926 del de Uruguay, y 904 del de Guatemala.

El Código de Méjico, habiendo herederos forzosos, exige al testador nombre entre ellos su albacea.

ARTÍCULO 893

No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.

La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él.

El menor no podrá serlo, ni aun con la autorización del padre ó del tutor.

Capacidad para ser albacea.—Dicta el Código una regla general y dos especiales.

Para ser albacea es necesario tener capacidad para obligarse. Tienen capacidad para obligarse todos aquellos á quienes la ley no considera incapaces: y son incapaces, con arreglo al artículo 1263, los menores no emancipados, los locos ó dementes, los sordomudos que no sepan escribir, y las mujeres casadas que no hayan obtenido licencia de sus maridos.

Esta regla se respeta en absoluto en el art. 893, en cuanto á la incapacidad del loco y sordomudo; se aclara y restringe en cuanto á la mujer casada, y se modifica y amplía con relación al menor.

a) *Mujeres.*—La ley 8.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, prohibía á la mujer ser albacea; sin embargo, en la práctica no era guardada semejante prohibición.

La mujer, soltera ó viuda, mayor de edad, goza de capacidad para obligarse, con arreglo al Código, y por tanto, para ejercer el albaceazgo.

La mujer casada necesita, por regla general, para aceptar el cargo de albacea, obtener licencia de su marido; pero el Código prevé el caso en que se halle legalmente separada de él, y entonces no exige racionalmente esa licencia. Tampoco necesitará desde luego autorización judicial cuando medie esa separación.

¿Puede suplirse la falta de licencia del marido con la autorización del juez, cuando no exista entre los esposos separación legal? No vemos en ello inconveniente, pues el Código admite ese medio en muchos casos, haciendo compatible el derecho de la mujer con la limitación que le impone la voluntad, no siempre acertada ni justa, de su marido, como puede verse en los artículos 995, 1053, 1361 y 1387. Si el marido niega con razón su licencia, el juez no ha de conceder su autorización.

La ley, al hablar de separación legal, se refiere al divorcio, y será bastante, para no exigir la licencia marital, la presentación de un testimonio de la sentencia en que se declare la separación, si tal prueba fuese necesaria. Acordada la separación provisionalmente en el caso del art. 68 del Código, tampoco es necesaria la licencia del marido, por existir también separación legal.

Se presentan, sin embargo, casos excepcionales, en los cuales, sin existir propiamente separación legal en el expresado sentido, existe separación de hecho, motivada por causas legales. Esto ocurre en caso de presunción de muerte, ausencia, locura ó interdicción civil del marido, ser éste prófugo ó declarado rebelde en causa criminal.

La presunción de muerte, una vez declarada, equivale á la muerte; por lo que no cabe duda que la mujer, si fuese mayor de edad, podría ejercer el cargo de albacea sin necesidad de licencia. Pero en los demás casos, ¿se exigirá autorización judicial que sustituya á la del marido? Creemos que no. El precepto

del párrafo 2.º del art. 893 se inspira en un criterio de libertad, restringiendo la falta de capacidad de la mujer casada. Por otra parte, el art. 1444 exige la licencia judicial en caso de separación de bienes por divorcio, ausencia ó interdicción, ó en caso de transferirse á la mujer la administración de los bienes del matrimonio por locura, solicitud de declaración de ausencia y ser el marido prófugo ó rebelde, sólo para enajenar ó gravar bienes, de donde debe deducirse que en tales situaciones no la necesita para otros actos ó para el ejercicio de otros derechos, como el de ser albacea. Deducimos de esto que la mujer casada puede ser albacea en los citados casos, sin licencia de su marido y sin licencia del juez.

En caso de prodigalidad, y salvo que otra cosa se declare en la sentencia, el marido no pierde la autoridad marital, según el artículo 224, ni existe tampoco imposibilidad de hecho para prestar esa licencia.

Por último, si la mujer es menor de edad, aun casada, no puede ejercer el cargo de albacea, como veremos á continuación.

b) *Menores de edad.*—No podía ser albacea, con arreglo al Fuero Real, el hombre *que no fuere de edad.* A pesar de esto, era la opinión más generalmente seguida que el albacea debía equipararse á un mandatario; por lo que, pudiendo ser mandatarios en negocios extrajudiciales los mayores de diez y siete años, se estimaba que también podían ser albaceas.

El Código en general niega capacidad para obligarse, y por por tanto, para ser mandatario (artículos 1263 y 1711), al menor *no emancipado*, y aun al menor emancipado le impone ciertas limitaciones (art. 317).

Con estas reglas generales no se ha satisfecho el legislador al tratar de los albaceas. Antes al contrario, expresamente determina el art. 893, que *el menor* no podrá ser albacea ni aun con autorización del padre ó del tutor. Deducimos que el menor, esté ó no emancipado, no puede ser albacea, ya porque la ley no distingue, ya porque el precepto especial en este caso algo in-

dica, pues de otro modo hubiera bastado, como en el caso del loco, dejar subsistente la regla general del art. 1263. Y así debe ser: el cargo de albacea parece que exige cierta seriedad y representación, incompatible con la menor edad. Además, en muchos casos se le conceden importantes facultades, y la ley ni podía olvidarlo ni entrar en una serie de distingos, relacionando en cada caso las facultades concedidas con la incapacidad.

c) *Otras incapacidades.*—Nada habla el Código de otras incapacidades, como la del pródigo y la del que sufre la pena de interdicción civil. ¿Tienen ó no capacidad para obligarse? Esta es la cuestión, y el lugar oportuno para resolverla es el art. 1263. Su incapacidad en todo caso es accidental. Respecto al pródigo, habrá de atenderse á la sentencia (art. 221), la cual determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado. Respecto al que sufre la pena de interdicción civil, existirá de ordinario una imposibilidad material ó de hecho, como con relación al ausente en sentido legal. Pero además ha de partirse siempre de la base de que el albacea, por muy limitadas que sean sus facultades, tendrá que ejercer determinados actos de administración, y si las sentencias prohiben á uno y otro incapacitado administrar, es claro que le privan de ejercer el cargo de albacea.

La capacidad para adquirir por testamento es completamente extraña en el art. 893, limitado á tratar de la capacidad para ser albacea. El incapaz de adquirir por testamento podrá perder el legado ó la retribución que el testador le deje ó asigne, y, sin embargo, podrá ser albacea, si es capaz para obligarse. La ley no prohibe que el testador confiera el albaceazgo, por ejemplo, al confesor en la última enfermedad, ni al notario ante quien se otorga testamento. Así lo declararon antes del Código las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1864, 15 de Diciembre de 1865, 6 de Febrero y 24 de Diciembre de 1866.

El cargo de albacea, sin embargo, no recaerá nunca en asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley, porque es propio de personas individuales y no colectivas.

En cuanto á las personas indignas, á que se refiere el ar-

tículo 756, el testador no las designará por albaceas cuando la causa sea por él conocida. Si fuese ignorada ó posterior al testamento, son en principio capaces para ejercer el cargo; pero podrán ser removidos, aplicando justamente el art. 910 en cuanto á este extremo.

Han desaparecido las incapacidades que la ley 7.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, fundaba en no profesar la religión católica, ser hereje, siervo, religioso, alevosos ó traidores. Hoy los religiosos pueden desde luego ser albaceas, esto es, tienen capacidad para el cargo, aunque los del clero regular no siempre podrán de hecho desempeñar el cargo.

Códigos extranjeros.—Coinciden en el fondo con nuestro artículo 893 los artículos 904 del Código de Italia, 1020 de los de Francia y Bélgica, y 1886 al 1888 del de Portugal, salvo alguna variación en lo relativo á la mujer casada. El art. 906 del Código de Guatemala exige capacidad para administrar bienes, capacidad para suceder, veintiún años de edad y no ejercer el cargo de Magistrado, juez ó fiscal. El 3685 del Código de Méjico incapacita á los menores, locos, etc.; á los magistrados y jueces que ejerzan jurisdicción en el lugar en que debe desempeñarse el albaceazgo, y á los removidos anteriormente del cargo de albacea. Concuerdan, además, los artículos 1272 al 1274 del Código de Chile, 3846 al 3848 del de la República Argentina, y otros.

ARTÍCULO 894

El albacea puede ser universal ó particular.

En todo caso, los albaceas podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva ó solidariamente.

ARTÍCULO 895

Cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos hagan de consuno, ó lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, ó lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número.

ARTÍCULO 896

En los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás.

ARTÍCULO 897

Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores.

El art. 894 al hablar de albaceas universales ó particulares, mancomunados, sucesivos ó solidarios, se refiere sólo á los albaceas nombrados por el testador, y atendiendo á las facultades por éste concedidas, á la forma de hacer el nombramiento ó al modo de desempeñar el cargo.

a) *Albaceas universales y particulares.*—El testador puede limitarse á nombrar albacea, en cuyo caso sus facultades serán las determinadas por la ley en los arts. 902 y 903, y se considerará como albacea particular. Puede expresamente conferirle las mismas facultades, más ó menos ampliadas ó restringidas, encomendarle solamente lo relativo al entierro, funeral y bien de alma, ó el pago de los legados, ó un asunto determinado; vender una parte de sus bienes para pago de deudas, cobrar ciertos créditos invirtiendo su importe en forma determinada, representarle en una partición ó en el pleito, etc. En todos estos casos se trata de un albacea *particular*.

Pero el testador puede facultar á su albacea para ejecutar en todo su última voluntad, para administrar primero, distribuir ó invertir después todos los bienes hereditarios sin limitación alguna, haya ó no herederos designados, y con mayor razón no habiéndolos, ó siendo personas indeterminadas. Entonces el al-

bacea se llama *universal;* él es el verdadero continuador de la personalidad del difunto hasta tanto que sean en todas sus partes cumplidas las disposiciones del testamento; él tiene todas las facultades concedidas por la ley, y además, todas las que expresamente quisiera conferirle el testador; él maneja los bienes de la herencia y les da el destino ordenado por el causante, distribuyéndolos á los herederos designados, vendiéndolos para invertir su importe en la fundación de un hospital ó colegio, ó para repartirlo en limosnas, ó para gastarlo en misas ó sufragios, ó hipotecándolos, ó depositando el precio, ó adquiriendo títulos ó papel del Estado, ó acciones de Sociedades para constituir rentas ó pensiones, etc., ó administrándolos mientras se cumple determinada condición, siempre con arreglo á la voluntad del testador, y siempre como encargado de ejecutar en todas sus partes lo dispuesto en el testamento, haya ó no herederos y acepten ó no la herencia.

Ya sabemos que en ningún caso deben ser perjudicadas las legítimas de los herederos forzosos, por lo que la existencia de éstos será siempre una traba para el nombramiento de albaceas universales.

b) Albaceas mancomunados, solidarios y sucesivos.—El testador, como dice el art. 892, puede nombrar uno ó varios albaceas, sean éstos universales ó particulares.

Cuando nombra varios, puede hacerlo en una de las tres formas siguientes:

1.° Designando uno en primer término y por su defecto otro, ó varios en primer lugar, y por falta de alguno ó de todos ellos, otro ú otros distintos que le sucedan ó sustituyan en el cargo. Esta forma de nombramiento es *sucesiva*, debiendo respetarse la voluntad del testadar, y no siendo llamados á ejercer el cargo los designados en segundo término mientras existan ó acepten y ejerzan los primeros, que en absoluto ó relativamente les excluyan.

2.° Nombrando varios para que obren simultáneamente, pero dando á cada uno de ellos las mismas facultades que á todos

reunidos. Estos se nombran albaceas *solidarios*. Cada uno puede estimarse albacea único, siendo válido cuanto haga dentro de las facultades que á todos confiera el testador ó la ley, y quedando obligados también solidariamente al cumplimiento de lo que en el testamento se ordenó. Pueden obrar solos ó reunidos, según quieran ó les convenga.

Pero esto no obsta á la unidad y armonía que debe existir entre todos los albaceas, pues no cabe que fundándose en la solidaridad de su nombramiento, obre cada cual con independencia y á su arbitrio, lo que conduciría á que adoptasen medidas ó realizasen actos contradictorios. Pueden delegar los unos en los otros, atender cada uno con amplias facultades á distintas obligaciones, abstenerse algunos, etc.; pero siempre sin perderse la unidad. Atendiendo á estos principios declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de Mayo de 1903, que es válido lo hecho por un solo albacea nombrado solidariamente con otros, sin que éstos puedan impugnarlo, cuando no consta que hiciesen oportunamente nada para aceptar ni desempeñar su cargo.

3.º Nombrando varios para que ejerzan el cargo todos reunidos ó de acuerdo ó por mayoría, en cuyo caso no es válido lo que ejecute uno sin intervención de los demás, y éstos son los albaceas *mancomunados*.

El proyecto de 1882 disponía que, á falta de declaración contraria del testador, los albaceas se entenderían nombrados solidariamente. Hoy, según el art. 897, cuando el testador se limite á nombrar varios albaceas, se entienden nombrados mancomunadamente, y señalan los arts. 895 y 896 las reglas que deben seguir los albaceas mancomunados para desempeñar su cargo. No creemos que la inteligencia de estos artículos ofrezca dificultad alguna. Sólo en casos de suma urgencia valdrá lo que practique uno sólo de los albaceas mancomunados, entendiéndose que lo hace bajo su responsabilidad personal, y debiendo dar cuenta inmediatamente á los demás albaceas.

Deben estimarse casos de suma urgencia aquellos que no admitan la dilación que exigiría al reunirse todos los albaceas,

por poder sobrevenir á la testamentaría perjuicios que pueden evitarse obrando con rapidez. De aquí se sigue que la idea de suma urgencia es relativa, según la mayor ó menor facilidad de obrar juntos los albaceas, según la importancia del asunto que haya de resolverse y según la necesidad y eficacia del acto que se quiera realizar.

Contestar una relación entablada contra la validez del testamento en el breve término concedido, es desde luego acto de suma urgencia, que puede realizar uno solo de los albaceas mancomunados si los demás están ausentes y no cabe espera; mas si se hallan presentes y nada se opone á que todos obren de acuerdo, todos deben intervenir.

Al obrar en casos de suma urgencia uno solo de los albaceas, debe limitarse á lo estrictamente necesario y dar inmediata cuenta á los demás, siendo por lo demás válido lo que aquél hiciere, aunque éstos no presten después su aprobación, pues no se exige su conformidad, sino sólo su conocimiento.

Con distinto criterio, la ley 6.ª, tít. 10, Partida 6.ª, y el artículo 736 del proyecto de Código de 1851, disponían que cuando fueren varios los albaceas y no pudieran ó no quisieran intervenir todos, valdría lo ejecutado por el menor número y aun por uno solo.

Hoy no es admisible siempre esta solución. Cabe, sin embargo, la renuncia de alguno, la autorización para hacer, la aprobación de lo ya hecho y la decisión por mayoría, con arreglo al artículo 895, aparte de la validez de la gestión de uno solo en casos de suma urgencia. Cabe, por último, la remoción en virtud de justa causa. Ahora bien, por muerte ó imposibilidad de alguno de los albaceas después de empezar á ejercer el cargo, y por renuncia ó remoción de alguno de los mismos, continuarán solos los demás ó con los nombrados como sustitutos ó con carácter sucesivo en el desempeño del cargo, probándose, no obstante, en caso necesario, la causa ó motivo de que no intervengan todos los que debieran hacerlo.

Como se ve por los artículos que comentamos, hay verdadera

independencia entre las distintas élases de albaceazgo testamentario á que se refiere el art. 894.

Cuando hay un solo albacea, éste es ó universal ó particular, y tanto uno como otro, pueden tener designado quien le sustituya, sea el sustituto uno ó varios.

Cuando hay varios albaceas ó sustitutos, pueden ser todos universales, todos particulares, ó unos particulares y otros universales, y al mismo tiempo sus facultades ú obligaciones pueden ser para todos mancomunadas, para todos solidarias, ó para unos solidarias y para otros mancomunadas, combinándose aun con esto la idea del albaceazgo sucesivo.

Aplica los artículos 894 al 897, en lo relativo á albaceas mancomunados, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1898, la cual establece la doctrina de que, «si en caso de disidencia entre dichos albaceas, debe prevalecer el voto de la mayoría, según el art. 895 del Código, lo que ésta acuerde dentro del círculo de sus facultades, es válido, *aunque deje de concurrir á la deliberación la minoría de los que ejercen el cargo*».

Un albacea mancomunado no puede litigar con el otro en nombre de la herencia, porque la representación en tal caso incumbe á todos unidos, y es preciso el mutuo acuerdo ó conformidad. (Sentencia de 12 de Mayo de 1906.)

Códigos extranjeros.—Los artículos que comentamos aparecen tomados del Código de Méjico. En los demás Códigos no existen, por regla general, concordancias precisas, aunque caben las distintas clases de albaceas testamentarios admitidas en nuestro artículo 894. Aun siendo mancomunado el ejercicio del cargo, es general hacer responsables de su gestión solidariamente á todos los albaeeas.

ARTÍCULO 898

El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento, ó, si éste le era

ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.

ARTÍCULO 899

El albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando causa justa, al prudente arbitrio del Juez.

ARTÍCULO 900

El albacea que no acepte el cargo, ó lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.

Naturaleza del cargo de albacea: su aceptación: su renuncia.— El albaceazgo, según declara el art. 898, es un cargo *voluntario.* El albacea es, pues, libre para aceptar ó no. La aceptación puede ser expresa ó tácita. Es tácita, cuando el albacea deja transcurrir seis días sin excusarse. Dichos seis días se cuentan desde el siguiente al en que el albacea tuvo noticia de su nombramiento, ó si lo conocía de antemano, desde el siguiente al en que supo la muerte del testador.

De dicho artículo se deduce con toda claridad, que para no aceptar, le basta al albacea no querer, no necesitando fundarse en ninguna justa causa. De otro modo el cargo no sería voluntario. El albacea no puede estimarse tal mientras no acepte, y para no aceptar, basta que se excuse ante los herederos en cualquier forma, si bien es conveniente que conste su no aceptación. Si no hay herederos, por analogía con el caso de renuncia, deberá excusarse ante el juez.

Una vez aceptado el cargo, ya es obligatorio su desempeño, y así lo establece el art. 899. Pero esta obligación no puede llevarse hasta un límite exagerado. En primer lugar, el albacea puede haber dejado transcurrir los seis días prefijados sin comprender la trascendencia de su inacción; además, nuevas obli-

gaciones, la necesidad de ausentarse, dificultades en su gestión ó cuestiones con los otros albaceas ó con los herederos, pueden imposibilitarle para el desempeño del cargo, ó causarle tal perturbación, que haga difícil dicho desempeño, y en tales casos y en otros análogos, como los señalados en el art. 244, para excusarse de la tutela, la ley le permite renunciar el cargo ya aceptado.

Distingue, pues, la ley entre la no aceptación y la renuncia. El que no acepta no ha llegado á ser albacea, y para no aceptar basta excusarse en cualquier forma. Renuncia el que ya es albacea, y para renunciar se exige la existencia de una justa causa y una forma determinada; la de escrito al Juzgado. El juez aprecia según su prudente arbitrio la causa alegada, previa su justificación, y declara ó no renunciado el cargo. Quedarán actuando los demás albaceas nombrados, ó pasará este cargo á los herederos, con arreglo al art. 911, sin que proceda nombramiento por el juez de nuevo albacea.

La ley no determina el procedimiento que ha de seguirse, ni el juez que al efecto debe estimarse competente, porque esta determinación corresponde al derecho procesal. Creemos que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, y que debe estimarse juez competente, por analogía con lo preceptuado en la regla 19 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, el del lugar en que se estuviere desempeñando el albaceazgo.

Efectos.—El albacea que no acepta y el que renuncia en virtud de una justa causa, quedan desde luego separados del ejercicio del cargo ó no tienen obligación de desempeñarlo. Pero ¿puede deducirse de aquí, que el albacea que después de aceptar expresa ó tácitamente la misión que se le confió, lo renuncia sin causa alguna justa, se halla obligado á desempeñar el albaceazgo? Así parece deducirse del art. 899, y así es en principio. No obstante, á nadie puede obligársele á realizar actos que su voluntad repugna, por lo que si á pesar de no admitirse se renuncia, se obstina en no ser ó en no continuar siendo albacea, no lo será de hecho, mas no lo será por verdadero abandono del car-

go. La ley no establece más sanción que la que se contiene en el art. 900; mas toda la obligación de hacer que no se cumple se traduce en una indemnización; si el albacea con su conducta ocasiona daños y perjuicios, se halla en la obligación de indemnizarlos y repararlos, con arreglo al art. 1718, pues por la aceptación quedó obligado á cumplir el mandato que el testador le confió, ó con arreglo al precepto más general del art. 1902, también aplicable.

El albacea que no acepta, ofende en cierto modo la memoria del testador que en él confiaba, y la ley (art. 900) le castiga con la pérdida de lo que le hubiese dejado dicho testador en concepto de retribución, manda ó herencia; ya que rehuye la obligación de cumplir la parte gravosa, ó sea el albaceazgo, la ley presume que tampoco acepta la parte beneficiosa: lo dejado por el testador. En estas palabras, repetimos, se incluye todo cuanto el albacea debe á la voluntad del testador, con arreglo á su testamento. Si el albacea es el heredero, pierde la herencia voluntaria, ó la parte de libre disposición, si fuere legitimario, ya que la legítima la debe á la ley y no puede perderla. Tampoco perderá lo que hubiese recibido en vida, sino sólo lo dejado en el testamento.

En la misma pena incurre el albacea que, después de aceptado el cargo, lo renuncia sin justa causa, y además se le impone por el art. 899 la obligación de desempeñarlo ó continuar desempeñándolo, como hemos dicho anteriormente, ó indemnizar los daños y perjuicios que ocasione por falta de cumplimiento de su obligación.

El que, una vez aceptado el albaceazgo, se ve en la necesidad de renunciarlo en virtud de una justa causa, queda dispensado de la obligación de desempeñarlo, y no pierde el derecho de adquirir cuanto le hubiere dejado el testador.

La doctrina del art. 900 se contenía en la ley 12, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real.

Aplican, aunque incidentalmente, el art. 899 del Código, la sentencia de 4 de Julio de 1895 y la Resolución de la Dirección

de los Registros de 22 de Octubre de 1897, si bien en ambas decisiones sirve dicho artículo de fundamento para justificar derechos de los albaceas enfrente de los herederos. Puesto que tienen dichos albaceas la obligación ineludible de desempeñar el cargo, ellos únicamente son los llamados á ejecutar cuantos actos les fueron encomendados por el testador, teniendo que ser esos actos respetados por los herederos (sentencia antes citada del Tribunal Supremo), siendo nulos tales actos si dichos herederos los realizan, y no la persona que el testador designó (Resolución de 22 de Octubre de 1897). Se relacionan ambas decisiones más íntimamente con el art. 901.

En sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1898 se establece la doctrina de que la pretensión de ejercer exclusivamente una persona las facultades de albacea, ya con tal carácter, ya con el más amplio de heredero, prescindiendo en todo de los demás albaceas, no implica la renuncia ni abandono del cargo, sino, antes al contrario, el empeño de desempeñarlo exclusivamente.

Códigos extranjeros.— No se ocupan de esta materia los Códigos de Francia, Bélgica é Italia. Concuerdan los arts. 3695 al 3697 del Código de Méjico, y los 1889 al 1891 del de Portugal, si bien éste dice que la no aceptación debe hacerse constar ante la autoridad correspondiente, y que la renuncia sin justa causa lleva consigo la indemnización de daños y perjuicios.

Véanse también los arts. 1277 y 1278 del Código de Chile, 907 del de Guatemala y 3865 del de la República Argentina.

ARTICULO 901

Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias á las leyes.

ARTÍCULO 902

No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.

3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

ARTÍCULO 903

Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Facultades de los albaceas.—Nuestro Código, siguiendo á los proyectos de 1851 y 1882, nombra facultades de los albaceas á lo que otros Códigos dan el nombre de obligaciones.

Parece á primera vista inconciliable que se nombre facultad lo que es un deber, ó se nombre deber lo que es una facultad, y sin embargo, es lo cierto que se trata al mismo tiempo de derechos concedidos y de obligaciones impuestas á los albaceas.

Examínense los números 1.º al 4.º del art. 902, y se verá que al albacea se le conceden verdaderas facultades ó atribuciones que pueden hacer valer en frente de los herederos. Lo mismo al disponer los funerales del testador, que al cumplir los legados en metálico, que al tratarse de la defensa del testamento,

de la inspección para su cumplimiento ó del cuidado de los bienes, los albaceas pueden ponerse en contradicción con los herederos, ya porque éstos pretendan mermar prerrogativas y atribuciones á que aquéllos en primer término y especialmente confiere la ley, ó les haya conferido el testador, ó bien porque aquéllos procedan sin dar á éstos el conocimiento ó la intervención que les corresponda.

Y, sin embargo, esas facultades constituyen en los albaceas verdaderos deberes ú obligaciones, ya respecto á terceros interesados, ya con relación á los herederos y principalmente á la memoria del testador y á sus últimos deseos, que religiosamente deben cumplirse.

Podemos clasificar las facultades de los albaceas en dos grupos: ordinarias y extraordinarias.

Facultades *ordinarias* son las que con arreglo á la ley corresponden en todo caso ó en circunstancias excepcionales á los albaceas, las que van anejas al cargo, cuando el testador se limita á nombrarles, ó sólo les confiere las facultades determinadas en la ley. Pueden llamarse también facultades legales ó normales.

Facultades *extraordinarias* son las que expresa y especialmente confiere el testador á los albaceas, aparte de las que legalmente les corresponden. Pueden llamarse también facultades testamentarias ó especiales. El testador, así como puede ampliar, puede también limitar las facultades legales de sus albaceas.

1.° *Facultades ordinarias.*—Se detallan en el art. 902, completado por el 903, y en los 747 y 749.

Las facultades legales, ordinárias ó normales de los albaceas, son las siguientes:

A) Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador.—Nada expresa el art. 902 con relación al entierro del causante. Es cierto que en muchos casos no será necesaria para ello su intervención, y en otros no podrá intervenir por estar ausente, no saber su nombramiento, no haber aun aceptado, etc.; pero

esto puede ocurrir del mismo modo respecto al funeral. Creemos que es también facultad del albacea disponer y pagar el entierro del causante. Sin embargo, no cabe duda que el entierro no es fácil que deje de realizarse en circunstancias normales, intervenga ó no el albacea, mientras que el funeral y los sufragios á veces no se llevarían á efecto por abandono ó egoísmo, ó no se verificarían en el modo y forma ordenados por el testador si el albacea no interviniese.

Los gastos de entierro comprenden los de la parroquia, ataúd, sepultura, inscripción de la defunción en el Registro civil, etc.

Los sufragios comprenden especialmente las preces ú oraciones que eleva la Iglesia al Ser Supremo por el alma del testador, y las ceremonias ó actos religiosos que tienden al mismo fin. Pero cabe extender sin gran esfuerzo la idea del núm. 1.º del art. 902 al cumplimiento de la última voluntad del finado en todo lo ordenado para bien de su alma, misas, limosnas, etc., que en primer término suele contenerse en los testamentos.

La ley, en defecto de lo dispuesto por el testador, ordena atender á la costumbre del pueblo, siempre, es claro, en relación á la clase y fortuna del finado.

Las facultades señaladas en primer término por la ley, son sin duda las primeras y más urgentes á que debe atender el albacea, y siempre se han considerado propias de su cargo. Son al mismo tiempo que facultades, verdaderos deberes que al albacea impone el testador, fiándose en su conciencia y en su buena fe. Para el cumplimiento de estos deberes no necesitan los albaceas el concurso de los herederos.

Véase el art. 966 de la ley de Enjuiciamiento civil.

B) Satisfacer los legados que consistan en metálico.—Nuestra antigua legislación extendía en este punto las facultades de los albaceas.

La ley 2.ª, tít. 10, Partida 6.ª, facultaba á los testamentarios para satisfacer, en general, las mandas ordenadas por el testador, demandando previamente las cosas en que consistie-

sen, ya las tuviesen los herederos ú otra persona, y sin perjuicio del derecho de dichos herederos para exigir fianza á los albaceas cuando sospechasen de ellos ó dudasen si serían ó no pagadas, salvo si los albaceas fuesen «frailes ú omes religiosos, ca tales personas como estas deue ome sospechar que lo farán bien».

A pesar de esta disposición general, la ley 4.ª del mismo título y Partida determina sólo cuatro casos en los que señaladamente «pueden los testamentarios demandar en juyzio, é fuera de juyzio, los bienes del muerto para cumplir su testamento, magüer non quieran los herederos». Estos cuatro casos eran: cuando el testador expresamente facultó para ello á los albaceas, cuando se tratase de legados para obras de piedad y misericordia; cuando éstos tuviesen por objeto socorrer huérfanos ó proporcionar alimentos, y cuando se dejaban «cosas á otros en uno con los testamentarios».

El Código sólo faculta á los albaceas para pagar los legados que consistan en metálico, y aun para ello han de dar conocimiento á los herederos y obtener su conformidad. Los legados que no consistan en metálico se entregarán por los herederos (artículo 885).

El beneplácito de los herederos, ó su no contradicción, como decía el art. 729 del proyecto de Código de 1851, se exige, según Goyena, porque los herederos pueden haber realizado el pago ú oponer á algún legatario la compensación; pero hay razones más poderosas que lo aconsejan. ¿Pudo ó no el testador legar, y dentro de qué límite? Véanse los arts. 818, 820 y 870 y sus comentarios. Los herederos deben estudiar esta cuestión, que á ellos principalmente incumbe.

La ley, sin duda, dicta esta disposición especial, respecto á los legados en metálico, para asegurar mejor su cumplimiento y evitar después dificultades á los legatarios, si el metálico desapareciera; pero hubiéramos visto con agrado incluir, entre las facultades de los albaceas, la de satisfacer todos los legados de género ó cantidad, ya que en los de cosas determinadas se trans-

fiere el dominio al legatario desde la muerte del testador, y no es necesario, como dice Goyena, la intervención inmediata del albacea.

Para verificar el pago de los legados en metálico han de obrar los albaceas con prudencia, teniendo presentes, de acuerdo con los herederos, los arts. 818, 820 y 887.

Deben considerarse legados en metálico las limosnas ordenadas por el testador, si no se estiman incluídas en el núm. 1.º del art. 902. En cambio las legados de títulos de la renta pública, los de acciones ú obligaciones de sociedades, etc., no puede decirse que consistan en metálico. El legado de una renta ó pensión, aunque haya de pagarse en metálico, escapa por su naturaleza á las prescripciones de este artículo; pero de acuerdo con los herederos, bien podrían pagar los albaceas los primeros plazos de la pensión, ó si oportunamente no se satisfacen, deben compeler á los herederos para que se cumplan, como inspectores que son de la fiel ejecución del testamento, con arreglo al núm. 3.º de este artículo.

El testador puede disponer que los legados en dinero, ó alguno especial entre ellos, se paguen por sus herederos, como puede facultar á su albacea para el pago ó cumplimiento de toda clase de legados, lo cual no se opone, antes bien, se conforma con lo dispuesto en los arts. 901 y 902.

No expresando nada en contrario el testador, los legatarios de sumas en metálico deben, en caso necesario, reclamar elpago de su legado á los albaceas, pues como hemos dicho, se trata de facultades que constituyen al mismo tiempo verdaderos deberes.

C) *Promover la venta de bienes de la herencia para el pago del funeral y legados en metálico.*—El art. 903, en relación con los núms. 1.º y 2.º del art. 902, prevé un caso que deja de ser frecuente; la falta de metálico en la herencia para pagar los gastos de funeral y sufragios, y los legados en dinero, ya que éstos, según el art. 886, deben pagarse precisamente en dinero, aunque no lo haya en la herencia.

En tal caso deben los albaceas poner ese hecho en conoci-

miento de los herederos, así como la necesidad de realizar esos pagos. No es que exija la ley que se pidan fondos á los herederos: basta que expongan la falta y la necesidad de vender para pagar. Los herederos no están obligados á adelantar el metálico necesario, ni siempre lo tendrán; mas teniéndolo, la ley supone que les conviene adelantarlo en evitación de más gastos y bajas en el caudal, y con la seguridad de reintegrarse más tarde. Este trámite, previo á la venta de bienes de la herencia, es conveniente hacerlo constar en alguna forma para que luego no se haga á los albaceas, por olvido, contrariedades ó mala fe, responsables de gastos ó perjuicios que no les incumbe abonar procediendo legalmente.

Si los herederos no facilitasen de lo suyo ese metálico necesario, la ley faculta á los albaceas para promover «la venta de los bienes muebles, y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos».

Resulta claro que, sólo á falta de bienes muebles susceptibles de enajenación, puede procederse á la venta de los bienes inmuebles. No resulta tan claro si es necesaria la intervención de los herederos para la venta de los bienes muebles.

Para nosotros es evidente que se necesita la intervención de los herederos en todo caso. La voluntad del legislador resulta clara, pues no se concibe que exija el conocimiento y beneplácito de los herederos para pagar los legados en metálico, cuando hay metálico en la herencia, y consienta que el albacea venda bienes muebles sin contar con el heredero. Aparte de esto, que patentiza el pensamiento del legislador, hay bienes muebles, como alhajas, títulos, acciones, etc., cuyo valor supera al de los inmuebles, y el peligro de la enajenación de aquéllos es mucho mayor. Por último, rectamente entendido el art. 903, dice lo siguiente: promoverán los albaceas, con intervención de los herederos, la venta de los bienes muebles, y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, siendo, hasta la palabra *promover*, un obstáculo para entender que el albacea pueda por sí solo realizar venta alguna.

Es cierto que no es lo mismo beneplácito, conformidad ó aquiescencia, que intervención; pero tampoco es lo mismo pagar lo dispuesto por el testador, que vender. Está conforme el heredero que no se opone á que se verifique el pago de los legados, mas su situación es, digámoslo así, pasiva: paga sólo el albacea, aunque con conocimiento y conformidad del heredero. Intervenir es concurrir activamente al acto prestando en él consentimiento; vende el albacea y venden con él los herederos, ó al menos concurren para autorizar al albacea ó para aprobar lo que éste hace. No puede estimarse válida una escritura de venta de bienes inmuebles de la herencia si no concurren á ella, prestando su consentimiento, los herederos, con tanto mayor motivo cuanto que el albacea promueve la venta, interviniendo en ella, mas en realidad venden los herederos.

La intervención del albacea y la autorización que al efecto le da la ley no suple la falta de las formalidades legales necesarias para la venta; de modo que si estuviese interesado en la herencia algún menor, loco, ausente, Corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos. Esta disposición convence más de la necesidad de la intervención de los herederos en toda clase de ventas.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 730, decía: «Si alguno *de los herederos tuviere tutor ó curador*, se hallare ausente ó fuere Corporación ó establecimiento público, la venta de los *inmuebles* se hará con las solemnidades que prescriben las leyes para tales casos.»

El art. 903 de nuestro Código, en vez de herederos, habla de *interesados* en la herencia; sustituye las palabras *tuviere tutor ó curador* por la de *menor*, y omite la palabra *inmuebles*.

La primera alteración motiva alguna duda. *Interesados* en la herencia son los herederos y los legatarios. ¿Bastará que haya un legatario menor de edad ó ausente para que se aplique la segunda parte del art. 903? Trátase por algún comentarista de limitar el alcance del precepto á los legatarios de parte alícuota,

suponiendo que los demás no tienen interés real por concedérseles por la ley medios para asegurar su derecho. Estos medios, con relación á los legatarios de género ó cantidad, no siempre son realizables, y en cambio también la ley concede otros á los legatarios de parte alícuota. De todos modos, es lo cierto que esa distinción es caprichosa, porque interesados en la herencia son realmente todos los legatarios, y ó el precepto alcanza á todos ó á ninguno.

Creemos que el art. 903 no va tan lejos como quiere suponerse, y usa en otro sentido la palabra *herencia*. Herencia es lo que corresponde á los herederos: el interesado en la herencia es el mismo heredero á que se refiere el párrafo 1.º del artículo. En efecto: si el legatario, aun de parte alícuota, es mayor de edad, la ley no exige su intervención; sólo pide la intervención *de los herederos*. ¿Se concibe que siendo menor esa ley atienda con tanta solicitud á su interés, y al cumplir los veintitrés años le abandone y no le conceda intervención? No; ambos párrafos están enlazados y envuelven la misma idea: que no se prescinda nunca de los herederos, contando con ellos si son capaces, rodeando el acto de la enajenación de los bienes de todas las formalidades legales propias del caso, cuando se halla limitada su capacidad de obrar. Los legatarios son verdaderos acreedores, y aun siendo de parte alícuota, han de reclamar su legado á los acreedores, y siempre pueden ejercitar la acción rescisoria si se les ocasiona irreparable perjuicio, aparte las demás facultades que les conceden las leyes.

En la segunda alteración, tratando el legislador de suplir una omisión de los anteriores proyectos, la referente al menor con padres, habló en general de *menores*, y prescindió de las demás personas sujetas á tutela, indudablemente comprendidas en el precepto, porque, como hemos dicho, la ley lo que quiere es que en cada caso especial se guarden en la enajenación las formalidades que para ese caso exige la ley, suponiendo á los herederos, como es natural, propietarios y vendedores: formalidades que no puede suplir la intervención del albacea.

Por último, con la omisión de la palabra *inmuebles* en el párrafo 2.°, el art. 903 expresa bien claramente que dichas formalidades especiales deben mediar siempre en toda clase de bienes: si se trata de inmuebles, las propias de su enajenación; si se trata de muebles, las prevenidas para ellos; lo cual también confirma la solución que hemos dado al primer párrafo, suponiendo siempre necesaria para la venta la intervención de los herederos.

No creemos necesario descender en este lugar á la expresión de las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes muebles ó inmuebles de menores emancipados ó no emancipados, sujetos á patria potestad ó á tutela, de locos, dementes ó sordomudos, de ausentes en sentido legal, de pródigos ó interdictos, ó de corporaciones ó establecimientos públicos, como tampoco el expresar los trámites que para la autorización judicial en su caso marcan los arts. 2011 al 2024 de la ley de Enjuiciamiento civil, modificados en lo relativo á la subasta y á otros particulares por el Código civil. No es este el lugar oportuno, y ya hemos tratado estas cuestiones al comentar los artículos que especialmente se refieren á esas enajenaciones.

Si no hubiere herederos testamentarios por muerte, incapacidad ó renuncia de los instituídos, ó por no haberlos designado el testador, se obtendrá el beneplácito de los herederos legítimos, ó intervendrán éstos según los casos. Por otra parte, como el albacea no puede legalmente obrar por sí solo (á no estar autorizado por el testador), y los acreedores ó los legatarios es justo que cobren, aunque esté la herencia yacente, puede instarse judicialmente el nombramiento de un representante de la herencia, sea ó no el mismo albacea, y que se conceda á éste autorización para verificar los pagos.

Con arreglo á la legislación anterior, cuando el albacea necesitaba vender bienes para cumplir la voluntad del testador, debía verificarlo en pública subasta, estándole prohibido comprar bienes de la herencia (ley 62, tít. 18, Partida 3.ª, y ley 1.ª, título 12, libro 10 de la Novísima Recopilación). Hoy, al requi-

sito de la subasta sustituye la intervención de los herederos y el cumplimiento de las formalidades legales para la enajenación de bienes de menores, incapacitados, corporaciones, etc.; pero el art. 1459 del Código prohibe al albacea comprar los bienes de la herencia confiados á su cargo.

Haremos una última observación. El art. 903 falcuta á los albaceas para promover la *venta*, precisamente la venta, por lo que estimamos que carece de facultades para gestionar una hipoteca, que podrán, si quieren, otorgar en garantía de un préstamo, los herederos. La hipoteca es casi siempre un medio más perjudicial, y aunque se considere una forma de *enajenación*, nunca es una venta.

D) Vigilar la ejecución del testamento y sostener su validez en juicio y fuera de él.—Esta es la facultad más importante que se concede al albacea.

El albacea no es, con arreglo á la ley, el ejecutor de todas las disposiciones testamentarias; pero sí una especie de inspector que debe vigilar porque todas se cumplan ó ejecuten. Es, además, el defensor, digámoslo así, del testamento, debiendo sostener la validez de todas sus cláusulas en juicio y fuera de él, siempre, es claro, que lo crea justo. El testador declara su voluntad queriendo que sea cumplida, y como él defendería esa última voluntad si viviese, debe defenderla el albacea.

Esta doctrina, fiel expresión del núm. 3.º del art. 902, se aplica en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Enero de 1900.

Defiende el albacea extrajudicialmente la validez del testamento en su conjunto y en lo relativo á sus diversas cláusulas, siempre que no medie cuestión judicial, en las reuniones previas con los herederos, cuando éstos duden sobre esa validez ó la nieguen, asesorándose del dictamen de letrados, proponiendo la resolución por medio de árbitros ó amigables componedores, interviniendo en las transacciones, etc. Pero la ley no podía imponer esa obligación en todo caso, porque sería absurdo que aun convencido de la nulidad, debiera, sin embargo, obstinarse en

defender la validez. Por eso la facultad y el deber sólo existen siendo justa la defensa del testamento. Para ello el albacea no puede obrar impulsado sólo por su creencia, sino que debe consultar la cuestión ó cuestiones que se presenten, y una vez convencido de la razón ó justicia con que obró el testador, defender su última disposición. No creemos que porque se declare judicialmente la nulidad del testamento ó de algunas de sus cláusulas, quede el albacea responsable al pago de gastos, costas, perjuicios, etc., siempre que hubiese obrado de buena fe y debidamente asesorado y convencido de que era justo defender la validez. El precepto lo que quiere es que no se entienda que en todo caso, justa ó injustamente, debe salir el albacea á la defensa del testamento. Ahora bien: si obra con mala fe y así se declara, la solución sería distinta.

El albacea vigila por la fiel ejecución de las disposiciones testamentarias, cuyo cumplimiento no le está directamente encomendado. Pero, obsérvese bien, por muy importante que sea esta función y la de la defensa del testamento, el albacea, con arreglo á este número del art. 902, no representa la herencia. Si se ataca al testamento, él tiene personalidad para ser demandado y defender su validez ó la de alguna de sus cláusulas; si se quebranta alguna disposición ó no se ejecuta, él tiene personalidad para demandar á los mismos herederos y compelerles á la ejecución ó al respeto de cuanto el testador ordenó; mas ni le compete administrar en absoluto, ni pagar deudas, ni satisfacer más legados que los que consistan en metálico, ni practicar las operaciones particionales, ni nada más que lo que taxativamente determinan los números 3.º y 4.º del art. 902, á no ser que el testador le hubiere facultado para ello.

Demandado en juicio un albacea para el pago de cierto crédito contra la testamentaría, propuso la excepción dilatoria de falta de personalidad, y estimada ésta é interpuesto recurso de casación, resuelve el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Abril de 1897, que al estimar dicha excepción no se infringen los arts. 901, 902, 1026 y 1057 del Código civil, porque el alba-

cea, ni como tal albacea, ni como contador, tiene la facultad ni el deber de representar en juicio la herencia; facultad que sólo corresponde al administrador de la misma, sin que conste que el albacea ostentase dicho carácter, ni con arreglo á la voluntad del testador, ni con arreglo á la ley.

Como la defensa del testamento puede exigir gastos y no es justo que los sufran los albaceas, esos gastos deben ser costeados con fondos de la herencia, como si los hubiera hecho el mismo testador. Este criterio debe seguirse en cuantos gastos exija el desempeño del albaceazgo, siempre que no haya extralimitación de facultades: doctrina fundada en los arts. 1718 y 1719 del Código, y aplicada en la sentencia de 4 de Junio de 1895.

Los albaceas, obrando dentro de las facultades que les concede el núm. 3.° del art. 902, pueden solicitar el beneficio de pobreza si la herencia lo mereciere: doctrina que en general establecieron las sentencias del mismo Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1880 y 25 de Mayo de 1885.

E) Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes.—Adolece este número del art. 902 de cierta vaguedad, por poder ser muy variable el límite de las precauciones á que se refiere.

Consiste la precaución en adoptar medidas preventivas de seguridad para evitar la pérdida ó el deterioro de los bienes. El albacea habrá de tener en cuenta la clase de bienes y las circunstancias especiales de cada caso.

Dúdase si, con arreglo á la disposición que examinamos, podrá el albacea hacer inventario de los bienes de la herencia. Estimamos que debe hacerlo, porque para cuidar más ó menos limitadamente los bienes, lo primero es conocer cuáles son esos bienes cuya custodia y conservación se les encomienda. El albacea es en primer término un depositario: depositario obligado á tomar todas las medidas necesarias para que los bienes que custodia se conserven en buen estado. De aquí la necesidad de detallar los bienes sin necesidad de valorarlos, de guardar bajo llave el dinero y papeles, de depositar los valores si se juzgase

necesario, de sembrar ó recolectar llegada su época, de abonar las tierras, de enajenar los frutos ó géneros que puedan sufrir deterioro, de procurar pastos á los ganados ó alimentos á otros semovientes, de evitar la ruina de los edificios practicando las reparaciones ordinarias que necesiten, etc., todo en cuanto sea necesario para la conservación de los bienes, pues se trata de una especie de administración limitada y de carácter preventivo.

Esta especie de limitada administración, la ejerce el albacea sin necesidad de fianza; pero no la ejerce sólo, sino con intervención de los herederos *presentes,* los cuales tienen derecho á intervenir en el inventario y en todas las operaciones, no bastando que sean citados en forma, puesto que la ley exige su *intervención.* Mas si no existe ningún heredero presente, el albacea podrá obrar por sí solo, formalizando el inventario á presencia de testigos ó con las mayores garantías posibles de exactitud y verdad, y dando después cuenta de todos sus actos.

Esta facultad de los albaceas envuelve la posesión transitoria de los bienes de la herencia; mas no contradice lo dispuesto en el art. 440, según el cual la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitída al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue á adirse la herencia. Los albaceas son sólo depositarios provisionales de los bienes que poseen en nombre de los herederos y con su intervención.

La citada facultad y al mismo tiempo obligación de los albaceas, cesa, como es lógico, cuando una vez cumplido su cometido haya herederos aceptantes, ó cuando se nombre judicialmente un administrador con arreglo al art. 1020 del Código, ó al 966, núm. 3.°, ó 1069 de la ley de Enjuiciamiento civil.

F) Vender los bienes de la herencia y distribuir su importe cuando el testador dispuso de todos ó una parte de ellos para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, con arreglo al art. 747 del Código, ó calificar los pobres y distribuir entre ellos los bienes en el caso del art. 749.—Estas facultades también son conferidas al

albacea por la ley en casos excepcionales. Véase, con relación á ellas, el comentario de los citados arts. 747 y 749.

Declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1905, que «el cargo de contador á que se refiere el art. 1057, no puede distinguirse del general del albaceazgo, por ser aquella una función propia é inherente al mismo, mientras no sea limitada ó excluída por la voluntad del testador». Esto equivale á estimar la práctica de la partición como una facultad ordinaria en el albacea. Confesamos que no encontramos esta doctrina en los artículos que nos ocupan.

2.º *Facultades extraordinarias.*—La voluntad del testador es ley preferente en la materia. Por esto el art. 901 preceptúa que los albaceas tendrán todas las facultades que les haya conferido el testador, siempre que reunan los requisitos siguientes: 1.º Que se concedan expresamente. 2.º Que no sean contrarias á las leyes.

A) Expresamente.—Es claro que no cabe conceder al albacea facultades no conferidas por el testador, como reconocía la ley 3.ª, tít. 10, Partida 6.ª

Si está sólo facultado para llevar á efecto la partición de bienes entre los herederos, podrá practicarla sin la concurrencia de los herederos y será inscribible aunque no conste la aceptación de éstos, como reconoció la Resolución de la Dirección de los Registros de 25 de Agosto de 1879; mas no puede por ello pretender el albacea que se halla autorizado para enajenar bienes, ni con el fin de pagar deudas, ni aun bajo el pretexto de no haber aceptado los herederos testamentarios ó no haber tales herederos, porque expresamente no le concedió el testador esa facultad, ni existe artículo alguno en el Código civil que directa ni indirectamente atribuya á los albaceas la representación de la herencia yacente: doctrina sustentada en la Resolución de 7 de Abril de 1896.

Aplica esta Resolución el art. 901 en un caso extraordinario en que ni había herederos por testamento, ni era probable que nadie pretendiese la herencia legítima. Otro caso análogo se de-

cide en la Resolución de 21 de Junio de 1895, declarando que cuando hay herederos, éstos son los que deben realizar la enajenación de bienes para la cual no fué facultado el albacea.

En cambio, en 21 de Agosto de 1897, se dictó una Resolución que, en nuestra opinión, aunque legal, lleva ya hasta un límite exagerado la necesidad la clara expresión de la facultad concedida á los albaceas, pues se declara que autorizados para vender bienes de la herencia no pueden ratificar en escritura pública la venta hecha anterior y privadamente por el testador. La Dirección se funda en que se trata de una obligación personal de los herederos, y en que los bienes ya no pertenecían á la herencia.

Ya hemos citado la sentencia de 28 de Abril de 1897, según la cual, el albacea contador no tiene personalidad para representar la herencia yacente, ni, por tanto, está facultado para el pago de las deudas de la testamentaría. No contradice manifiestamente esta sentencia lo declarado en otra anterior al Código, dictada en 7 de Junio de 1862, en la que se afirma que facultado un albacea para ejecutar, en todo, lo dispuesto en el testamento y hacer la partición, tiene personalidad para representar la testamentaría y defender sus derechos en juicio mientras permanezca la herencia yacente, porque en la de 28 de Abril de 1897 se trata de una persona nombrada simplemente albacea y contador, y como albacea, le correspondía vigilar la ejecución de lo dispuesto en el testamento, no ejecutarlo, y como contador, practicar las operaciones particionales, no hacer entrega de todos los legados, pagar deudas, demandar créditos, etc.; mientras que en la de 7 de Junio de 1862, el albacea se hallaba expresamente facultado por el testador para ejecutar cuanto en el testamento se ordenaba. No obstante, en cada caso hay que interpretar fielmente la voluntad del causante para conocer la extensión de las facultades concedidas al albacea, pues la ejecución del testamento no siempre autorizará para realizar ciertos actos que en ese testamento no se prevén, ni á ellos se alude, aunque estén relacionados con la herencia, ni basta esa facultad de ejecución para atribuir la representación de la testamentaría.

La Resolución de 18 de Diciembre de 1893 declara que el albacea á quien sólo se confió la ejecución y cumplimiento de la voluntad del testador, no está facultado para hacer el inventario, división y adjudicación del caudal relicto, si bien una vez practicadas por él estas operaciones, si han sido ratificadas por los interesados, deben estimarse válidas y como hechas por dichos herederos.

Es esta una materia delicada, que se relaciona íntimamente con la interpretación de todas las disposiciones del testamento. Es necesario que conste de un modo evidente que fué concedida determinada facultad por el testador; mas no hay que exigir la expresión detallada de todos los actos que en esa facultad se comprendan ó que el causante descienda á un exagerado casuísmo. Dentro de una facultad se encierran á veces otras muchas que son solamente partes ó fracciones de la misma. El albacea autorizado por el testador para representar la herencia en juicio, está autorizado desde luego para demandar para contestar y para apelar, para intervenir en toda clase de juicios, etc.; la facultad de enajenar los bienes ó disponer de ellos sin limitación, comprende la de vender, permutar, hipotecar, arrendar, constituir derechos reales, etc.; si se autoriza para enajenar con determinado fin, hay que atender ante todo á ese fin que el testador se propuso. Así, si dispone que el albacea venda sus bienes para invertir su importe en misas, limosnas, creación de fundaciones benéficas, etc., aunque parece que lo más comprende lo menos, el albacea no podrá arrendar los bienes ni hipotecarlos, porque tales facultades no sólo no puede decirse que estén expresamente concedidas, sino que antes al contrario, puede afirmarse que están virtualmente negadas. Concedida autorización para vender á fin de pagar las deudas, no está facultado el albacea para hipotecar, ni aun para vender con otro fin, ó sin hacer constar el objeto de la venta, como resolvió la Dirección general de los Registros en 10 de Mayo de 1890. Practicar las operaciones particionales es facultad distinta de la de ejecutar lo que en el testamento se dispone, y ni una ni otra llevan como obligada

consecuencia la representación de la herencia, ni el derecho de enajenar. La materia, repetimos, es delicada, y más bien debe interpretarse el art. 901 en esta parte en sentido restrictivo; pero siempre racionalmente. A falta de conformidad acerca de la extensión de las facultades de un albacea, resolverán los tribunales.

El testador, al facultar la venta de bienes, así como puede determinar su objeto, puede también fijar su forma á los requisitos con que ha de llevarse á efecto; puede exigir subasta pública ó que intervengan los herederos, ó que medien otras formalidades; mas si faculta en absoluto para enajenar todos los bienes ó una parte de ellos, sin añadir limitación alguna, el albacea puede enajenar en la forma que crea más conveniente, sin que pueda exigirse la intervención de los herederos, ni el requisito de la subasta, ni otra formalidad alguna, cuando éstos sean voluntarios. El art. 903 no es aplicable, porque en él venden en realidad los herederos con intervención del albacea que no recibió facultades especiales del testador, mientras que los herederos son extraños al acto cuando el testador autoriza expresamente al albacea para vender, sin limitar su autorización.

Confirma esta doctrina la resolución de 28 de Noviembre de 1905, según la cual, el albacea facultado para vender los bienes de la herencia que fuesen necesarios, á su juicio, sin reserva ni limitación alguna, puede vender cuanto quiera sin justificar su inversión, lo que no contradice lo establecido en la resolución de 10 de Mayo de 1890, referente á un albacea facultado *sólo* para vender con objeto de pagar las deudas de la herencia.

B) *No contrarias á las leyes.*—El testador goza de una absoluta libertad para conceder facultades á sus albaceas; cuanto á él le está permitido hacer, pueden realizarlo en su nombre los albaceas; mas él mismo no puede contrariar los preceptos legales, por lo que es evidente que tampoco puede conceder á nadie facultad para realizar actos contrarios á la ley. Si faculta al albacea para fundar un mayorazgo, si, teniendo herederos forzo-

sos, le autoriza para enajenar todos sus bienes é invertir su importe total en obras determinadas, tales facultades en su totalidad, ó en cuanto perjudican la legítima de los herederos forzosos, son contrarias á las leyes y no pueden ser reconocidas. La ley 32, tít. 9.º, Partida 6.ª, aceptaba la misma doctrina y señalaba, á modo de ejemplo, la autorización para hacer del cuerpo del testador, «ó de sus huesos, ó en fecho de su sepultura, alguna cosa que fuesse contra ley ó contra la vsada costumbre de la tierra ó contra su fama ó á deshonra de los parientes dél», añadiendo que, á pesar de no cumplirse, el albacea no debía perder la manda que se le dejó.

No quebrantando la facultad ningún precepto de derecho escrito, es ley la voluntad del testador. Así lo establece la sentencia de 27 de Enero de 1896, confirmando la doctrina del art. 901. La facultad de vender para pago de deudas, no puede decirse contraria á las leyes por el sólo hecho de existir herederos forzosos. Sólo después de pagadas las deudas se fija la legítima y la porción libre si resultase algún perjuicio á los herederos forzosos por haberse vendido los bienes por menos de su valor, podrían, como afirma el Sr. Escosura en sus comentarios á la ley Hipotecaria, reintegrarse con la parte libre, ó en último término, reclamar contra los albaceas ó ejercitar las acciones que estimasen convenientes para la reparación del perjuicio.

Los proyectos de 1851 y 1882, más restrictivos en la materia previendo el caso de existir herederos forzosos, dictaban preceptos que nuestro Código omite. Así el art. 728 del primero de dichos proyectos decía: «Existiendo herederos forzosos, no podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; pero sí ordenar que, para apoderarse los herederos de ellos, sea necesaria la intervención ó citación en forma de los albaceas. A falta de herederos forzosos, podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; mas para ejecutarlo será siempre necesaria la intervención ó citación en forma de los herederos.»

No es éste precisamente el caso resuelto anteriormente, pero

guarda con él íntima relación. No estimamos que en el criterio de nuestro Código sea contrario á las leyes autorizar á los albaceas para apoderarse provisionalmente de los bienes de la herencia, invertir la parte libre de los mismos, hacer la partición, etc., aun existiendo herederos forzosos; pero sería ilegal autorizar la inversión de todo el caudal, ó de porción mayor que la parte libre, prohibir la intervención de la autoridad judicial ó limitar en cualquier forma el derecho á la legítima. En todo caso creemos conveniente habiendo tales herederos, y dudándose si podrá lastimarse su derecho ó sufrir algún perjuicio, que el albacea obre de acuerdo con los legitimarios ó con su intervención.

No habiendo herederos forzosos, es menos admisible el criterio del art. 728 del proyecto de Código de 1851, porque en tal situación el testador puede disponer con absoluta libertad de sus bienes, y no es ciertamente contrario á las leyes el facultar al albacea para apoderarse del caudal sin intervención de los herederos voluntarios y cumplir cuanto el causante legalmente y aun en perjuicio de sus herederos tuvo á bien ordenar.

No es contraria á las leyes la facultad concedida á los albaceas de recompensar como crean más conveniente á las personas que sirvieron al testador, é invertir el sobrante en obras benéficas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Diciembre de 1899.)

Aunque se trate de herederos voluntarios y se faculte al albacea para hacer la partición, debiendo aquéllos pasar por ella ó respetarla, y prohibiéndose la intervención judicial, esto no es obstáculo para que dichos herederos puedan impugnar la partición como contraria á la voluntad del causante, y declararla nula los Tribunales, porque dicha facultad no autoriza al albacea contador para alterar lo dispuesto en el testamento; sólo obliga la partición cuando se ha hecho legalmente (art. 1068) y la formación del testamento no puede dejarse al arbitrio de un tercero (art. 670). (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1899.)

Terminado el comentario de los artículos 901 á 903, trataremos de resolver algunas cuestiones relacionadas con los mismos.

1.ª *¿A quién corresponde la representación de la herencia yacente?*—La herencia se dice *vacante* cuando no hay herederos testamentarios ni parientes con derecho á heredar; la ley confiere en tal caso al Estado el derecho de suceder (artículos 617 y 956).

Herencia *yacente* es aquella en que no ha entrado todavía el heredero testamentario ó abintestato. Dícese *yacente*, como expresa Escriche, porque mientras no la acepta ó entra en ella el heredero, parece que descansa, *jacet*.

Se ve que los conceptos son distintos; pero en esencia y para nuestro objeto es lo mismo, porque habiendo heredero siempre, aunque éste sea el Estado, la herencia yace hasta que ese heredero acepte.

La representación de la herencia yacente corresponde desde luego al albacea cuando el testador se la confiere expresamente en el testamento. Así lo confirman las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1862, 2 de Abril de 1876 y 6 de Octube de 1897.

Igual efecto produce el nombramiento por el testador de administrador de la herencia. Así los herederos, como el albacea administrador de una herencia, dice la sentencia de 11 de Marzo de 1896, tienen la facultad de ejercitar las acciones conducentes al logro y defensa de los derechos que puedan corresponderles ó les estén encomendados.

En tales casos no hay duda; mas si el albacea no ha recibido esa facultad del testador, la ley no se la confiere. Del examen del art. 902 resulta, en efecto, que ni directa ni indirectamente se atribuye á los albaceas por la ley la facultad de representar en juicio ó fuera de él á la herencia, esté ó no yacente, y así lo declaran terminantemente la resolución de 7 de Abril de 1896 y la sentencia de 28 de Abril de 1897, examinadas con anterioridad.

Con arreglo á la última, esa representación corresponde al administrador de la herencia. Dispone, en efecto, el art. 1020

del Código que en todo caso, á instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia ó el pago de deudas y legados, el juez proveerá á la administración y custodia de los bienes hereditarios; y añade el artículo 1026 que el administrador tendrá la representación de la herencia para ejercitar las acciones que á ésta competan y contestar las demandas que se interpongan contra la misma. Véase también el art. 1008 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Dada la generalidad de expresión del art. 1020 del Código, en cualquier tiempo, mientras esté yacente la herencia, puede cualquier interesado, sea un acreedor, un legatario ó el mismo albacea, pedir judicialmente el nombramiento de un administrador, cargo que puede ó no recaer en dicho albacea, proveyéndose así á la necesidad de que exista en todo tiempo una persona que represente la herencia, y debiendo durar el cargo hasta que esa necesidad desaparezca.

2.ª *A quién representa el albacea.*—La resolución de 7 de Enero de 1875, á los efectos de la inscripción, sentó la doctrina de que el albacea universal representaba al testador, mas los albaceas particulares eran representantes de los herederos nombrados para auxiliar á éstos, por ser anómalo que represente el mandatario á una persona ya muerta, y ser peligroso permitirle obrar con independencia de los herederos.

Esta teoría, defendida con argumentos de no escasa fuerza, se encuentra hoy completamente desacreditada. La mayoría de los escritores se han revuelto contra ella, y la jurisprudencia viene admitiendo la doctrina contraria, los albaceas en todo caso representan la personalidad del testador. Como ejemplo pueden citarse la sentencia de 4 de Julio de 1895 y la Resolución de 22 de Octubre de 1897.

No debe, en efecto, identificarse el mandato con el albaceazgo. Separan principalmente al mandatario del albacea, el que éste sólo puede ejercitar sus funciones después de muerto el testador ó mandante, y aquél no puede, en cambio, actuar después

de muerto su poderdante; y, como consecuencia, que el poder dado al albacea no puede revocarse, ni es delegable por regla general, mientras que el conferido al mandatario es susceptible de revocación por la sola voluntad del mandante, y puede, por regla general, delegarse en un tercero.

El cargo de albacea es especialísimo y tiene su naturaleza propia é independiente. Auxilia á los herederos, y los herederos le auxilian á él. Nos parece de escasa importancia práctica la discusión de si representan al testador ó á los herederos; pero si el albacea universal puede representar al causante, del mismo modo podrán representarle los albaceas particulares, y en vista de los arts. 901 al 903, creemos indudable que sus facultades están siempre ligadas al testamento, y, por tanto, á la voluntad expresa ó presunta del testador, y que sosteniendo la validez de las disposiciones testamentarias, y cuidando provisionalmente los bienes, y cumpliendo los sufragios ordenados por el testador y cuanto éste le encomienda, es al testador á quien realmente representa ú obedece, siendo como una prolongación ficticia de la vida del causante para ejecutar cuanto éste deseó que se ejecutase, ó para hacer lo que el mismo testador haría si le fuera dado salir para ello de su tumba.

La pretendida necesidad de la previa inscripción de los bienes no puede alterar la verdad de estas afirmaciones, como veremos á continuación.

3.ª *Relación entre el Código civil y la ley Hipotecaria con referencia á los albaceas.*—Sostiénese por algún autor, que existe contradicción entre lo que el Código dispone en el art. 901, y la necesidad de la previa inscripción de los bienes á nombre de la persona que los transfiere ó grava con arreglo al art. 20 de la ley Hipotecaria, ó la necesidad de que sólo pueda hipotecar el que aparezca dueño de los bienes hipotecados, según el Registro (art. 126).

Creemos que, si existe contradicción, no está en los preceptos de las leyes respectivas, sino en la doctrina sentada por la Dirección general de los Registros.

De las resoluciones de la Dirección se deduce la doctrina siguiente:

Los albaceas universales se equiparan á los herederos; de modo que si están facultados por el testador para enajenar con cualquier fin, los bienes enajenados deben inscribirse previamente á su nombre. Cuando los albaceas son particulares, aunque estén autorizados para la enajenación, los bienes han de inscribirse á nombre de los herederos, en representación de los cuales se hace la venta, bastando para ello la presentación del testamento, y, una vez inscrito y hecho constar la facultad para enajenar, podrá inscribirse la escritura de venta otorgada por el albacea. Esto debe estimarse universal cuando el testador no haya instituído heredero, ó el designado carezca de personalidad.

Pueden consultarse las Resoluciones de la Dirección de 5 de Septiembre de 1863, 28 de Abril de 1866, 25 de Septiembre de 1873, 13 de Junio de 1874, 7 de Enero de 1875, sin duda la más importante, 30 de Abril de 1878, 14 de Junio de 1886, 26 de Enero de 1889, y 2 de Enero y 7 de Agosto de 1893.

De aquí resulta que en muchos casos los bienes quedarán inscritos á favor de los herederos, y, ó habrá de vender el albacea, facultado para ello por el testador, sin intervención alguna de dichos herederos, con arreglo al art. 901, ó se exigirá que vendan los herederos, que son las personas á cuyo favor resultan inscritas las fincas ó derechos, contra la voluntad del testador y los preceptos del Código. Otras veces se inscriben dichos bienes á favor del albacea, á pesar de no ser nunca el verdadero dueño.

Nace esto de interpretar el art. 20 de la ley Hipotecaria con un criterio estrecho y poco racional, y querer armonizar bajo esta falsa base preceptos que se juzgan contradictorios.

Lo que el expresado art. 20 quiere es: que conste en el Registro la historia completa de cada finca ó derecho; que esa historia no resulte interrumpida; que sólo ejecute actos de dueño el que como dueño aparezca en el Registro ó la persona que osten-

te la legítima representación de ese dueño; y por eso exige que el que vende, el que hipoteca, el que constituye cualquier derecho real ó lo transmite, tenga inscrito previamente su derecho en el Registro. De otro modo sería imposible apreciar cuándo había ó no derecho para transmitir. El Registrador y los terceros, para saber quién es el dueño, necesitan un guía seguro, y ese guía es la inscripción, los datos del Registro.

Pero de aquí no se deduce que, facultado el albacea por el testador para enajenar, sea *necesario* inscribir los bienes á nombre de los herederos, extraños al acto, ni á nombre de los albaceas, que no adquieren sobre esos bienes el dominio ni derecho real alguno.

El testador es el dueño, y sólo á su nombre ha de figurar la inscripción previa. Al testar y conceder al albacea facultad para arrendar, para hipotecar, para vender, para adjudicar en pago de deudas, para cancelar ciertas fincas ó ciertos derechos, ó cuantos le correspondan, no se desprende de derecho real alguno en favor de ese albacea, le autoriza sólo para que en su nombre realice ese desprendimiento, y así la finca ó el derecho que se transmiten, pasan directamente del dominio del testador al del adquirente, no siendo el albacea más que un instrumento, un intermediario, un simple ejecutor de la voluntad del causante. El art. 20 queda cumplido con tal que el derecho ó la finca figuren inscritos á favor de la persona de quien directamente proceden: la historia del inmueble no sufre interrupción; el artículo 126 no se contradice, porque se hipoteca en su caso, en nombre del dueño, puede decirse que por el dueño mismo que lo autoriza. La facultad del albacea, el poder en virtud del cual obra, resultará del testamento, y así se hará constar en la inscripción á favor del comprador, del adjudicatario ó del adquirente de la hipoteca ó del derecho real de que se trate. Si los bienes que han de enajenarse no se determinan por el testador, y las facultades del albacea no son absolutas, no pudiendo él hacer esa determinación, intervendrán para la designación los herederos con el albacea, y constando este extremo, la enajena-

ción podrá inscribirse si los bienes se hallan registrados á favor del causante.

Al tratar de la inscripción debe siempre distinguirse entre lo que se *puede* inscribir y aquello cuya inscripción es *necesaria*. Pueden inscribir especialmente los albaceas con el testamento las facultades que les competen relativamente á los bienes de la herencia, pero la inscripción no es indispensable, pues por su falta no se quebranta el art. 20 de la ley Hipotecaria. En cuanto á la inscripción de una finca á favor de los herederos, sólo para que un albacea particular la venda, debidamente autorizado por el testador, será siempre un contrasentido que representará un gasto inútil y una operación ridícula.

Esta doctrina aparece plenamente confirmada por el art. 20 de la vigente ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1909, publicada después de la anterior edición de esta obra. «No será necesario, dice, la previa inscripción á favor de los albaceas para inscribir los documentos de enajenación ó gravamen que éstos otorguen por sí solos, si para ello estuviesen expresamente facultados por el testador, y no existiesen herederos forzosos, ó si, caso de haberlos, consta el consentimiento de éstos para la enajenación ó gravamen, con tal que el inmueble ó derecho real se halle inscrito á favor del testador».

Lo expuesto hace relación al art. 901. En el caso del artículo 903, la cuestión es distinta, porque el dueño no autorizó para enajenar, ni la ley da esa facultad al albacea. Este promueve la venta, interviene en ella, puesto que así se desprende del artículo; pero venden los herederos, y es natural que se exija la inscripción á favor de éstos.

Los herederos pueden inscribir su derecho hereditario con independencia del albacea. Las facultades de éste y la limitación que envuelvan en los derechos de esos herederos, resultarán del testamento y habrán de constar en la inscripción. Así, la Resolución de 18 de Junio de 1897, decide que el no haber ejercido el albacea las extraordinarias facultades que le concedió el testador sin limitación de tiempo, no es obstáculo para la inscrip-

ción del derecho hereditario á favor de los herederos, puesto que aquellas facultades pueden ejercitarse lo mismo antes que después de esa inscripción, toda vez que constituyendo dichas facultades, por analogía con lo establecido en los artículos 1026 y 1032 del Código civil, una verdadera limitación del pleno disfrute y libre disposición de cada uno de los bienes y derechos que pertenecieron al difunto, deben consignarse en la referida inscripción.

Códigos extranjeros.—Análogas facultades legales que nuestro art. 902, conceden al albacea los artículos 1031 de los Códigos de Francia y Bélgica, 908 del de Italia, 1899 del de Portugal, y aun los 908 y 909 del de Guatemala, y 3651 del de la República Argentina.

Los Códigos de Méjico, art. 3707, y Baja California, artículo 3730, conceden al cargo de albacea mayor importancia, y aparte del aseguramiento y administración de los bienes, la formación de inventario y la presentación del testamento, le imponen como obligaciones el pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias, la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios, y la defensa en juicio y fuera de él de la herencia y del testamento.

Ya hemos indicado que varios Códigos usan la palabra *obligaciones* de los albaceas, por estimarla más propia que la de *facultades*.

En cuanto al art. 901, no contenido en los Códigos de Francia é Italia, concuerda con el 1894 del de Portugal, 3851 del de la República Argentina, y 3705 del de Méjico.

ARTÍCULO 904

El albacea, á quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, ó desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones.

ARTÍCULO 905

Si el testador quisiere ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogada el plazo por un año.

Si, transcurrida esta prórroga, no se hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 906

Los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pero, si el acuerdo fuese sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año.

Plazo para el desempeño del cargo de albacea.—La ley 6.ª, título 10, Partida 6.ª, estimulaba á los albaceas para que cumpliesen su misión en el más breve término posible, fijando como máximum un año, cuando no hubiese señalado plazo el testador,

El proyecto de Código de 1851 concedía también un año, pero improrrogable, estuviese ó no señalado por el testador.

Nuestro Código se inspira en un criterio más amplio, teniendo en cuenta que no siempre basta el término de un año para dejar terminadas todas las operaciones propias del albaceazgo, y que es conveniente dejar libertad al testador y á los interesados.

De los arts. 904 á 906 de este comentario deducimos la siguiente doctrina:

El plazo para desempeñar el albaceazgo corresponde señalarlo al testador; en su defecto lo fija la ley.

El derecho de prorrogar ese plazo lo concede el Código: 1.º, al testador; 2.º, á los herederos y legatarios; 3.º, á la auto-

ridad judicial. La duración de esa prórroga la fija supletoriamente la ley en los casos 1.º y 2.º

Los albaceas tienen, digámoslo así, derecho al plazo y á las prórrogas á que se refieren los arts. 904 y 905. La facultad concedida á los herederos y legatarios en el 906, es en cierto modo independiente, y siempre se admitiría como natural, pues de acuerdo esas personas y el albacea, no puede haber cuestiones ni dificultades con relación al plazo ni á sus prórrogas.

A) *Testador.*—El testador puede conceder al albacea para el desempeño de su cargo, un plazo indeterminado hasta que cumpla su cometido, ó un plazo fijo, sea el legal, sea mayor ó menor, y puede no señalar plazo alguno. En este caso, el art. 904 fija dicho plazo en un año.

Este año se cuenta, en circunstancias normales, desde la aceptación del cargo por el albacea, y en caso de haberse promovido litigio sobre la validez del testamento ó de alguna de sus disposiciones, desde la terminación del litigio. El tiempo anterior, entendida literalmente la ley, no se tiene en cuenta, de modo que si á los ocho meses de aceptar el cargo los albaceas, se suscita cuestión litigiosa, desde la terminación de ésta podrán disponer dichos albaceas de un año para desempeñar su misión, como si aquellos ocho meses no hubieran transcurrido.

El testador puede con absoluta libertad prorrogar el plazo que señale y fijar la duración de esa prórroga. Si establece la prórroga, mas no fija su duración, la ley señala otro año.

B) *Herederos y legatarios.*—El plazo, como hemos dicho, lo fija el testador ó la ley. Los herederos y legatarios sólo pueden intervenir en su prórroga. Ellos son los verdaderos interesados en que el albacea termine su gestión. Si, pues, de común acuerdo, quieren dar al albacea más tiempo, pueden concederle una prórroga, ó dos, ó cuantas gusten, y por el tiempo que á bien tengan, la hubiese ó no concedido anteriormente el testador.

Si no hay común acuerdo entre herederos y legatarios, decidirá la mayoría sobre el hecho de concederse ó no la prórroga. La mayoría puede apreciarse por el número de interesados ó por

su participación en la herencia, y es sensible que la ley no fije su criterio en este artículo. Dice el 398, que para la administración y mejor disfrute de la cosa común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría, entendiéndose que no existe mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad. Por analogía debe adoptarse la misma regla, pues aunque no se trata de administración ni disfrute de la herencia, puede decirse que el interés de cada heredero ó legatario en el asunto común, se halla representado por su respectiva participación en el haber hereditario.

La mayoría puede acordar la prórroga, mas si no hubo acuerdo común, la duración de esa prórroga no puede exceder de un año; esto es, vale el voto de la mayoría desde luego en cuanto al hecho de prorrogarse el plazo y aun en cuanto á la duración, siempre que ésta sea de un año ó menor. Si la mayoría acuerda conceder dos años, la ley se opone y limita á sólo un año esa duración.

Si la mayoría acuerda no prorrogar el plazo, es desde luego válida su decisión. ¿Cabe contra ella algún recurso? Este punto no queda resuelto en el Código con claridad, si bien parece desprenderse del art. 905, que si el testador concedió prórroga, siempre tiene el albacea derecho para pedir al Juez su ampliación, á pesar de la negativa de los herederos y legatarios, y si no la concedió, no le corresponde esa facultad.

Acordada la prórroga del albaceazgo en juicio de testamentaría por los herederos presentes, el Ministerio fiscal en nombre de los ausentes, y representando á los citados al juicio que no comparecieron en él los estrados del Tribunal, la prórroga es válida, como concedida por todos los interesados en forma legal. (Resolución de la Dirección general de los Registros de 2 de Marzo de 1899.)

C) *Autoridad judicial.*—Al terminar la prórroga concedida por el testador y fijada por él, ó por la ley en su defecto, pueden los albaceas pedir nueva prórroga á la autoridad judicial, haya

ó no haya herederos, y habiéndolos, aunque no estén conformes en la ampliación del plazo. El Juez, según las circunstancias del caso, concederá ó no la prórroga pedida y fijará al concederla su duración.

Creemos juez competente el del lugar en que se esté desempeñando el albaceazgo, y tramitación adecuada la de los actos de jurisdicción voluntaria, mientras no se formalice oposición.

Si el testador nada expresó sobre prórroga y no hay herederos ni legatarios, ó éstos no quieren concederla, ¿cabe pedirla á la autoridad judicial? Del art. 905 se deduce que no. Y es que se supone que el testador apreció bien la importancia de las atribuciones que á su albacea confirió y el plazo necesario para llevarlas á efecto. Sin embargo, si los albaceas son universales, al no haber terminado su cometido en el plazo que el testador les señalase, no habiendo negligencia por su parte, parece racional que tengan ese derecho.

La prórroga debe pedirse, á más tardar, al terminar el plazo, como dice la ley, siendo conveniente solicitarla antes de esa terminación.

Expirado el plazo y la prórroga ó prórrogas en su caso, termina de derecho, sin necesidad de sentencia ni acto especial alguno, el albaceazgo testamentario, como declara el art. 910, y á los herederos corresponde, según el 911, la ejecución de la voluntad del testador.

El no haber expirado el término del albaceazgo, no es obstáculo para que los legatarios de cosa determinada pidan la entrega de su legado, sin perjuicio de que el albacea pueda alegar las excepciones que procedan y constituyan un verdadero motivo ó fundamento para oponerse á dicha entrega. (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1900.)

Por amplias que sean las facultades del albacea, y aun no habiendo terminado su misión, el heredero único tiene derecho á pedir la inscripción en el Registro de su derecho hereditario, inscripción en la que deben hacerse constar las facultades concedidas á dichos albaceas, y que no les impide continuar desem-

peñando ó cumpliendo hasta el fin su cometido. (Resolución de la Dirección general de los Registros de 18 de Julio de 1897).

Véase en el comentario del art. 910, la doctrina de la Resolución de 23 de Junio de 1905.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de Diciembre de 1903, declara que la prórroga que el juez puede conceder al albacea, tiene un carácter provisional, por lo que no es preciso que sea única, pudiendo concederse varias, ó ampliarse la concedida cuantas veces sea necesario, hasta dejar cumplida la voluntad del testador.

La de 24 de Noviembre de 1906 declara que no basta que el testador dé á sus albaceas el término que á su juicio necesiten para cumplir su cometido, aun tratándose de herederos voluntarios, sino que expresamente debe señalar el plazo de la prórroga, y si no lo hace, ese plazo se entiende que es de un año con arreglo al art. 905, salvo prórroga, por los herederos ó por el Juez.

Terminado el plazo del albaceazgo, carecen los albaceas de facultades para reclamar créditos de la herencia. (Sentencia de 28 de Mayo de 1907.)

Los artículos que comentamos no señalan sanción alguna contra el albacea negligente que pudo terminar y no terminó oportunamente su cometido. Además de la cesación en el cargo, y la remoción á que antes de expirar el plazo pudo dar lugar con su conducta, y sin perjuicio de la obligación de rendir cuentas de su gestión, se halla sujeto á la responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado, con arreglo á los artículos 1902 y 1718. No puede imponérsele la pena del art. 900, de perder lo que le hubiese dejado voluntariamente el testador, porque el Código no lo dice, y las disposiciones de carácter penal no pueden interpretarse haciéndolas extensivas á casos no comprendidos taxativamente en su texto.

Si el albacea no quiere dar por extinguida su misión al espirar el plazo ni hacer entrega de los bienes, si los tuviere, ni rendir cuentas, puede ser compelido á ello judicialmente.

Códigos extranjeros.—Los artículos 904 al 906 de nuestro Código concuerdan exactamente con los 3727 al 3729 del de Méjico, y 3748 al 3750 del de la Baja California.

El Código de Guatemala, artículos 914 y 915, fija el plazo de un año, que no puede prorrogarse ni por el testador ni por el juez.

ARTÍCULO 907

Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo á los herederos:

Si hubieren sido nombrados, no para entregar los bienes á herederos determinados, sino para darles la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.

Toda disposición del testador contraria á este artículo será nula.

Rendición de cuentas por los albaceas.—La ley 5.ª, tít. 10, Partida 6.ª, daba tanta importancia al deber del albacea de rendir cuentas, que hasta á los obispos imponía esta obligación.

Las obligaciones de los albaceas consisten en desempeñar el cargo, una vez aceptado, cumpliendo la voluntad del testador en el plazo que para ello se les conceda personal y gratuitamente. Las facultades que establecen los artículos 902, 903, 747 y 749, constituyen otros tantos deberes para los albaceas, quienes además tienen que cumplir las obligaciones especiales impuestas por el testador en su testamento, y en su caso, la determinada en el artículo 690.

El artículo que nos ocupa fija una última obligación de los albaceas: la rendición de cuentas á los herederos, ó al juez en su defecto.

Estimamos que las cuentas deben rendirse á los herederos siempre que existan herederos determinados, testamentarios ó legítimos, voluntarios ó forzosos, y al juez cuando no existan esos determinados herederos, por deber invertirse todos los bie-

nes ó su importe por el albacea entre personas determinadas ó en objetos especiales con arreglo á la voluntad del testador, por ejemplo, en sufragios y obras piadosas (art. 747), entre los pobres (art. 749), en dotes para monjas, en la creación de establecimientos de enseñanza ó de beneficencia, en la construcción de un mercado, un teatro, un buque, etc., siempre, es claro, que el objeto sea permitido por las leyes.

Creemos también que los albaceas deben dar cuenta de su encargo, una sola vez, al terminar su gestión, y no periódicamente ó en intervalos determinados, no sólo porque la ley sólo impone esa obligación en general y al ocuparse ya de la cesación en el cargo, sino porque el albacea no es un administrador ordinario, y porque el plazo dentro del cual debe desempeñar sus funciones es de ordinario muy limitado. El testador, sin embargo, puede establecer reglas ó plazos especiales para la rendición de cuentas.

De todos modos, el albacea, como hemos dicho en otro lugar, tiene derecho á reintegrarse, con fondos de la herencia, de los gastos que le haya ocasionado el desempeño del albaceazgo; pero adquiere responsabilidad por faltar al cumplimiento de sus deberes, ó por extralimitarse en sus facultades, responsabilidad que resultará de sus cuentas y de sus actos, y le será exigible por los herederos, ó en su defecto, por la autoridad judicial, encargada de velar, en último término, por la exacta ejecución de la voluntad del finado, cuando ésta reviste un interés público.

Los herederos tienen desde luego acción personal contra los albaceas para exigir la rendición de cuentas al terminar el albaceazgo. Mas cuando no haya herederos determinados, mucho tememos quede incumplida la ley, porque la obligación que impone el art. 907, de rendir cuentas al juez, no tiene una sanción eficaz, salvo el caso en que medie denuncia por abusos, á excitación de parte interesada.

Con relación á este artículo y al 899, se ha dictado la sentencia de 15 de Enero de 1906.

Tan natural y tan sagrado considera la ley el deber de dar cuenta á los herederos ó al juez, deber en cuyo cumplimiento han de tener interés los mismos albaceas, que declara nula toda disposición del testador contraria á este artículo, á pesar de que, no habiendo herederos forzosos, el testador es árbitro de disponer de los bienes á su voluntad; razón por la cual, á no mediar la expresa disposición final del art. 907, se interpretaría la ley en sentido opuesto, esto es, que el albacea estaría obligado á dar cuenta de su encargo, salvo cuando el testador, no habiendo herederos forzosos, dispusiese expresamente lo contrario. Y es que cuanto mayor fuere la confianza que al testador inspiraba el albacea que nombró, mayor debe ser el interés de ese albacea en demostrar que la merecía, aparte de que, habiendo herederos, éstos se hallan interesados.

De la rendición de cuentas por los albaceas pueden nacer otras dos acciones personales; una á favor de dichos albaceas contra los herederos, para pedir reintegro de los gastos ocasionados en interés de la herencia, y otra á favor de los herederos y contra los albaceas para indemnización de los perjuicios que pueda haber producido su mala gestión.

La rendición de cuentas es obligación transmisible á los herederos del albacea.

La ley impone al albacea la obligación de rendir cuentas á los herederos del testador, y no á los legatarios que también están interesados en la sucesión, porque aparte de que el interés de unos y otros, en relación al albacea, es el mismo, y por tanto, aquéllos han de obrar como obrarían éstos, evitándose complicaciones y trámites inútiles, media la atendible circunstancia de que los herederos son los que representan al testador ó mandante, y por tanto, ostentando esa representación deben recibir las cuentas del mandato, y exigir la responsabilidad que en su caso proceda, y son además los que responden á los legatarios, por regla general, del pago de sus legados.

El art. 907, como otros muchos, no establece los trámites á que debe ajustarse la rendición de cuentas á la autoridad judi-

cial, por no ser propio de un Código civil. Creemos que el juez competente, no determinando cosa distinta el testador, debe ser el del lugar en que se desempeñó el albaceazgo, en virtud de la regla 2.ª del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, ya que no cabe elección por el dueño ó poderdante, ni existen herederos determinados, y eso es lo más racional, lo menos costoso de ordinario, y lo que más facilitaría el examen y conocimiento de los datos que las cuentas arrojasen. El procedimiento puede ser el de los actos de jurisdicción voluntaria, oyendo siempre, por las circunstancias del caso y para el mejor acierto, al Ministerio fiscal.

Códigos extranjeros.—Concuerda este artículo con el 1905 del Código de Portugal, 908 y 910 del de Italia, 1031 del de Francia, 917 del de Guatemala, 3668 del de la República Argentina, núm. 4.º del 3707, 3718 y 3726 del de Méjico, y 1079 y 1080 del de Veracruz.

ARTÍCULO 908

El albaceazgo es cargo gratuíto. Podrá, sin embargo, el testador señalar á los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos.

Si el testador lega ó señala conjuntamente á los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen.

ARTÍCULO 909

El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador.

Pueden señalarse como caracteres propios del albaceazgo, el ser un cargo de aceptación voluntaria (art. 899), gratuíto (artículo 908), personalísimo. (art 909), y temporal (arts. 904 y 910).

El albaceazgo es cargo gratuito.—Tal es el principio que proclama el art. 908, en consideración, sin duda, á ser un cargo de confianza y obra de piedad. Ni el testador tiene obligación de

retribuir á los albaceas, ni éstos tienen derecho á exigir retribución alguna á los herederos por el desempeño de su misión como tales albaceas.

Mas este principio no se opone: 1.º A que el testador, voluntariamente, deje algo á los albaceas, bien en señal de agradecimiento, bien en concepto de retribución. 2.º A que los herederos puedan dar, también voluntariamente, al albacea algún objeto ó cantidad en recompensa de su intervención. 3.º A que el albacea pueda exigir remuneración por los trabajos que realice extraños al albaceazgo, por ejemplo, por practicar las operaciones particionales, medición ó tasación de fincas, etc. Siendo el cargo de contador independiente del de albacea, aunque el testador los reuna encomendando á éste la partición, y dejándole alguna retribución, se entiende, á no disponerse expresamente en el testamento lo contrario, que dicho albacea puede percibir la retribución señalada, y exigir además el cobro de lo que le corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos ó independientes también del albaceazgo. Así lo reconoce de un modo terminante la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 15 de Junio de 1900. En cambio, el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Febrero de 1905, posterior á nuestras anteriores ediciones, declara que el albacea designado además como contador ejerce en todo un cargo voluntario y gratuito, con arreglo á los arts. 898 y 908, por lo que no puede exigir retribución por la práctica de las operaciones particionales, mientras no sea letrado, y proceda aplicar el art. 1711. Creemos más acertada la resolución del Tribunal Contencioso-administrativo. El art. 908, que es el exactamente aplicable al caso, no distingue, y con arreglo á él, sea ó no letrado, el albacea á quien se encomienda la partición, puede exigir retribución por su trabajo. Y 4.º A que el mismo albacea tenga derecho á reintegrarse con fondos de la herencia, de los gastos que origine el cumplimiento de la última voluntad del testador, ó la defensa de las disposiciones testamentarias, ó la práctica de las diligencias á que le obliga la ley, y que haya tenido que suplir con su propio peculio.

A diferencia de otros comentaristas, juzgamos que lo dejado por el testador á los albaceas en concepto de remuneración, debe merecer el concepto de legado, dado su carácter voluntario, y sacarse, en su caso, de la parte de libre disposición.

En cambio, los gastos hechos por los albaceas para el desempeño de su cargo, deben serle abonados de la masa de la herencia, como dispuso el art. 741 del proyecto de Código de 1851, y esos gastos deben considerarse de interés común para todos los herederos, y deducirse de la herencia, por analogía con lo preceptuado en el art. 1064 del Código.

Derecho de acrecer entre los albaceas.—El testador puede legar ó señalar retribución á los albaceas, bien con independencia entre ellos, de modo que cada uno reciba un objeto ó una cantidad determinada, ó bien conjuntamente, un objeto ó una cantidad para todos ellos.

En el primer caso, cada albacea, al no aceptar ó al renunciar sin justa causa pierde lo que determinadamente se le legó, lo cual se refunde, si no hay sustituto, en la masa de la herencia.

En el segundo caso, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen, ó al que de ellos quede, si queda alguno. En el albaceazgo sucesivo, la parte del que no quiera ó no pueda aceptar el cargo pasará al sustituto designado por el testador, si éste no dispone cosa en contrario.

El art. 908 sólo establece el derecho de acrecer cuando alguno de los testamentarios no admita el cargo, ya sea por no querer, ó por no poder admitirlo, como sucederá cuando el albacea muera antes que el testador, ó sea incapaz. La parte que á ese albacea y á otros conjuntamente se legó ó señaló como retribución, debe también en esos casos acrecer á los que desempeñan el cargo en virtud del art. 987, pues es evidente que se trata de un legado, y así lo indica el art. 908 con las palabras «si el testador lega ó señala conjuntamente».

El art. 900 coloca en igual situación al albacea que no acepta el cargo y al que lo renuncia sin justa causa, ordenando que el uno y el otro perderán lo que les hubiere dejado el testador.

Aunque el art. 908 habla solamente del albacea que no admite el cargo, creemos también comprendido en su disposición el que lo renuncia sin justa causa: ambos pierden su derecho á la retribución por disposición de la ley, y la parte que les corresponda habrá de acrecer á los otros albaceas que hubieren desempeñado el cargo, salvo disposición contraria del testador.

No están en el mismo caso los albaceas que renuncien con justa causa, y los que cesen por muerte ó por imposibilidad. Estos adquirieron irrevocablemente su derecho á la retribución, y su parte no puede acrecer á los otros albaceas. En cuanto á los que sean removidos del cargo, véase lo que decimos en el comentario del art. 910; pero tampoco existirá el derecho de acrecer. Todo en el supuesto de que el testador no haya dispuesto otra cosa.

El cargo de albacea, además de gratuito, voluntario y temporal, *es, con arreglo al art. 909, personalísimo.*—El testador elige una persona que considera idónea y merece toda su confianza. De aquí que el albacea ó los albaceas nombrados hayan de desempeñar el cargo personalmente ó por sí mismos, por regla general, á diferencia de los mandatarios, que pueden delegar en otra persona si no se les prohibe expresamente en virtud del artículo 1721.

El ser el cargo de albacea personalísimo no quiere decir que cuantos actos hayan de realizarse para cumplir el albaceazgo deban ser practicados materialmente por el mismo albacea, ni eso sería siempre posible, por ser necesarias personas auxiliares, ni la ley lo exige. Como dice Goyena, el artículo prohibe la delegación íntegra y absoluta, no la parcial; bajo la responsabilidad del albacea, pueden otras personas desempeñar algunos actos que no pueda aquél realizar por sí mismo, pues esto cede en beneficio de la ejecución y no repugna á la voluntad del difunto, como la delegación íntegra de su encargo ó facultades.

Así, el albacea puede nombrar administradores ó valerse de los que ya existan respecto á los bienes á que no pueda atender personalmente; encomendar á tercero ciertos trabajos especia-

les; valerse de personas peritas, caso necesario; siempre dirigiendo é inspeccionando todo; atendiendo, en fin, al mejor cumplimiento de su misión.

Hecha la partición de la herencia por el albacea á quien el testador confirió esa facultad, declara la Resolución de la Dirección de los Registros de 5 de Octubre de 1900, es válida, aunque la entregue á otra persona para que la ultime y presente á la aprobación judicial, porque habiendo realizado por sí mismo lo esencial, no se opone al carácter personalísimo del cargo, el que se encomienden á un tercero ciertos actos para su mayor perfección.

Si el testador designa como albaceas á las personas que ejerzan cierto cargo, resultando claramente que atiende cuando les nombra al cargo, y no á la persona que transitoriamente lo desempeña, el albaceazgo será transmisible con ese cargo, lo cual no envuelve sustitución ni delegación, porque en tales casos la persona es indiferente y el cargo siempre existe.

Si el mismo testador faculta expresamente al albacea para delegar el cargo, designando ó no la persona en quien debe recaer la delegación, ha de respetarse su voluntad.

Con arreglo al art. 909, si el testador encomienda al albacea la facultad de practicar las operaciones particionales de su herencia, una vez aceptado el cargo, á él exclusivamente corresponde practicarla, sin que pueda delegar en persona alguna, ni aun en los herederos, por lo que si la partición se lleva á efecto por dichos herederos, aun con aquiescencia del albacea, tal partición es nula, como hecha por personas que no tienen capacidad para ello (Resolución de 22 de Octubre de 1897). Esto es aplicar el art. 909 á los contadores, por lo que la doctrina resulta algo dura.

El cargo de albacea, al ser personalísimo, no es transmisible por herencia. Los herederos del testador carecen de acción para reclamar de los del albacea el pago de un legado, una vez hecha la liquidación y adjudicación de bienes, habiéndose dado aquéllos por pagados y satisfechos de sus haberes, y no cons-

tando que el legado obre en poder de los herederos del albacea (sentencia de 27 de Marzo de 1896).

Lo mismo viene á resolverse, aunque en un caso distinto, en la sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 7 de Noviembre de 1899.

Códigos extranjeros.—Nuestro art. 908 se halla conforme con el 1892 del de Portugal. Los demás Códigos, en general, consideran acreedor al albacea á recibir una retribución proporcional á su trabajo y á la importancia del caudal. Señalan esta retribución los Códigos de Guatemala (art. 959), Méjico (3734 al 3736) y Baja California (3755 al 3757). El de Uruguay determina que se fije judicialmente, si no lo hizo el testador (art. 953). Y aceptan la idea el Código de la República Argentina (art. 3872) y otros. Nada expresan los Códigos de Francia é Italia.

Nuestro art. 909 concuerda con el 1032 del Código de Francia, 909 del de Italia, y 1906 del de Portugal, que declaran no transmisible á los herederos el cargo de albacea. El art. 3699 del de Méjico admite la delegación en virtud de poder solemne. El 911 del de Guatemala acepta el carácter personalísimo del cargo, añadiendo que pasan, sin embargo, á los herederos las responsabilidades civiles en que hubiesen incurrido por su administración. Véanse también los artículos 1280 del Código de Chile y 3855 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 910

Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados.

Este artículo enumera las causas que dan lugar á la terminación del albaceazgo.

Claro es que cuando los albaceas son varios, el artículo puede aplicarse individualmente á cada albacea, ó, en general, á la entidad del albaceazgo. Bajo este último aspecto, es necesario que la causa de la terminación afecte á todos los albaceas nom-

brados en testamento, de tal modo, que no quede persona alguna de las designadas por el testador que lo desempeñe. En este sentido debe entenderse el artículo, en vista de lo que dispone el 911, pudiendo ocurrir, si son tres los albaceas, que el albaceazgo se extinga por muerte de uno de ellos, renuncia de otro y remoción del tercero.

Es además indispensable que dichas causas, excepto la última del art. 910, afecten al albacea mientras ostenta ese carácter, y no antes ni después. Antes no, porque no puede decirse que se extinga un cargo cuando aún no ha nacido. Después tampoco, porque no puede extinguirse lo que ya no existe. Así, si el albacea único muere antes que el testador, no habrá albacea testamentario; el efecto será el mismo que si no hubiera sido nombrado; más propiamente, no se extinguirá el albaceazgo, porque no ha llegado á existir. Lo mismo decimos de la falta de capacidad, con arreglo al art. 893, ó de la falta de aceptación, que por eso no se hallan incluídas entre las causas que enumera el art. 910. La muerte del que fué albacea único, ocurrida después de haberse terminado el albaceazgo por cualquier otro motivo, es claro que al efecto resulta ya indiferente como su imposibilidad en ese tiempo, porque el albacea, al morir ó imposibilitarse, ya había perdido ese carácter. No cabe, por último, renuncia ni remoción después de terminar por el transcurso del tiempo el albaceazgo.

Esto sentado, examinaremos sobriamente estas causas, ya que, por regla general, no necesitan mucha explicación.

1.ª *Muerte del albacea.*—Cargo personalísimo el de albacea, según el art. 909, no puede menos de extinguirse por la muerte. La sentencia de 27 de Marzo de 1896 declara, como hemos dicho al comentar dicho artículo, que dicho cargo no es transmisible á los herederos.

En efecto; del art. 909 se deduce evidentemente la intransmisibilidad del cargo de albacea en virtud de herencia, y aun con mayor razón del 910, al señalar la muerte como causa de terminaciòn del albaceazgo. Sin embargo, ya dijimos en su lu-

gar, que si el albacea muere sin rendir cuentas, deben rendirlas sus herederos, y del mismo modo pasa á los herederos del albacea la responsabilidad en que por daños y perjuicios ocasionados á la testamentaría incurriese su causante, así como el derecho de exigir á su vez reintegro de gastos ó indemnizaciones procedentes; lo que prueba, como es natural, que la intransmisibilidad del cargo no significa que la muerte del albacea extinga cuantos derechos y obligaciones no personalísimos pudieron nacer durante el tiempo que se desempeñó. Esto mismo se afirma en la citada sentencia, al declarar que en el supuesto de que el albacea hubiera contraído alguna responsabilidad en el ejercicio de su cargo por separarse de las instrucciones del testador y ser esa responsabilidad exigible á sus herederos, debe entablarse contra éstos la acción correspondiente, y no la de entrega de legado; facultad ésta propia solamente del mismo albacea, que como no transmisible, desapareció con su persona.

2.ª *Imposibilidad del albacea.*—Se refiere la ley á aquellas causas de imposibilidad material que inutilizan, digámoslo así, á los albaceas para el desempeño del cargo, tales como la demencia ó locura, una enfermedad grave y crónica, la condena á penas de privación de libertad, el extrañamiento, el destierro, la marcha forzosa á puntos donde no sea posible seguir ejerciendo el cargo, la ausencia en ignorado paradero, etc.

El artículo expresa bien claramente su idea con la palabra *imposibilidad.* No es en tal caso preciso renunciar. La renuncia supone una causa que puede ser ó no admisible. La imposibilidad se impone por sí misma; no hay que deliberar sobre su admisión; forzosamente tiene que impedir la continuación en el albaceazgo.

3.ª *Renuncia del cargo de albacea.*—Ha de fundarse en una justa causa y ser admitida por la autoridad judicial. Respecto á esta causa nos referimos al comentario de los artículos 899 y 900.

Si no se admite la renuncia por no estimarse justa la causa, el albacea está obligado á desempeñar su cargo ó á la indemni-

zación de daños y perjuicios por falta de cumplimiento de esa obligación.

El art. 910 habla sólo de renuncia, refiriéndose á lo ya expuesto en los arts. 899 y 900.

4.ª *Remoción del albacea.*—La remoción es la separación forzosa del cargo, impuesta al albacea por su mala conducta, su abusiva ó su descuidada gestión.

El Código se limita á exponer el precepto sin desarrollarlo. ¿Cuáles serán las causas para la remoción? ¿Quién debe decretarla? ¿A instancia de quién? ¿En qué tiempo? ¿Qué recursos de defensa se conceden al albacea? ¿Qué efectos produce la remoción?

Laurent, en su proyecto de reforma del Código civil francés, admite como causas de remoción de los albaceas las mismas que sirven para remover á los tutores. Hay, en efecto, cierta analogía entre ambas remociones; mas nuestro Código, siguiendo en esto á los de los demás países, no señala las causas que puedan motivar la remoción. Estimamos, en su vista, que debe seguirse criterio análogo al del art. 899 respeto á la renuncia del cargo.

Debe entender en el asunto la autoridad judicial del lugar en que se esté desempeñando el albaceazgo, á intancia de parte interesada, apreciando á su prudente arbitrio si la causa alegada y probada es ó no motivo suficiente para acordar la remoción, y oyendo desde luego al albacea como demandado. Podrán servir de guía algunas de las causas señaladas por la ley para la remoción del tutor en el art. 238, no todas, porque no son muchas de ellas aplicables, y desde luego, las causas de indignidad fijadas en el art. 756 no remitidas por el testador, y otras suficientes para el mismo fin, comprendidas, sin duda, en la 4.ª del citado art. 238: «conducirse mal en el desempeño del albaceazgo». No se conduce bien el albacea negligente que deja transcurrir el plazo sin procurar dejar cumplida su misión.

Es evidente que para pedir la remoción no hay que esperar á que el albaceazgo termine por el transcurso del plazo; para

esa época la remoción carece de fin práctico. Se remueve al albacea cuando es tal albacea y da motivo para ello al mes, á los tres ó á los seis meses, en cualquier tiempo en que sea necesario removerlo.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1889, que vuelve á citarse y aplicarse en la de 6 de Octubre de 1897, para remover por negligentes á los albaceas á quienes el testador hubiere prorrogado el plazo legal, es preciso amonestarlos previamente, á tenor de la ley 8.ª, tít. 10, Partida 6.ª

El primer efecto de la remoción, una vez acordada por sentencia firme, es la separación del cargo ó la destitución del albacea, quedando en el desempeño de sus funciones los demás, sólos, ó con el designado sucesivamente por el testador, ó siendo llamados los herederos con arreglo al art. 911, si ya no hubiese albaceas testamentarios. Además, si la no aceptación y la renuncia sin justa causa producen la pérdida de lo dejado por el testador (art. 900), el mismo efecto debe producir la remoción, pues de otro modo, para conservar el legado ó la retribución no merecidos, bastaría aceptar el cargo y conducirse mal, ó no hacer nada. No obstante, la sentencia en cada caso hará las declaraciones procedentes.

5.ª *Transcurso del plazo.*—Esta causa tiene de especial que afecta al mismo tiempo á todos los albaceas nombrados, no siendo aplicable á uno solo cuando hay varios, con exclusión de los demás. Transcurrido el plazo fijado por el testador ó por la ley, y en su caso la prórroga otorgada por el mismo testador, por los herederos y legatarios ó por la autoridad judicial, caduca *ipso jure* el albaceazgo, aunque no haya terminado su gestión. Así se deduce del art. 910, y así lo declara la sentencia de 6 de Octubre de 1897.

Véase el comentario de los arts. 904 al 906.

No señala otras causas el art. 910; pero puede estimarse tal el haber terminado el albacea su gestión antes de que el plazo ó su prórroga terminen. La sentencia de 6 de Diciembre de 1895 declara que desde el momento en que los bienes se adjudican á

los herederos y éstos entran de hecho en la posesión de ellos, se consuma la transmisión de derechos y obligaciones por muerte del testador y concluye el cargo de albacea, siendo impertinente, ultimada ya la testamentaría, ocuparse de si había ó no transcurrido el plazo del albaceazgo.

La doctrina de esta sentencia hay que admitirla con ciertas restricciones. Ultimada verdaderamente la testamentaría, satisfechos los legados en metálico, no habiéndose atacado las disposiciones del testamento, ejercitadas todas las facultades ó cumplidos todos los deberes señalados por el testador; en suma, terminada la gestión de los albaceas, termina desde luego el albaceazgo lógica y racionalmente, aunque no lo diga, por no necesitar decirlo, la ley. Pero pendiente algo de lo que constituye la misión del albacea, no termina dicho cargo, aunque se hayan adjudicado á los herederos los bienes que á ellos correspondan y hayan tomado posesión de hecho, ya que de derecho les corresponde desde la muerte del testador.

Conforme con esta doctrina, declara la Resolución de 23 de Junio de 1905, que el cargo de albacea no termina con la adjudicación de los bienes hecha á un heredero usufructuario, aun teniendo éste facultad para enajenar, cuando su misión, por encargo expreso del testador, deba subsistir hasta dejar cumplida su voluntad, y por tanto, hasta la entrega definitiva á los establecimientos de Beneficencia designados al efecto.

Hace relación también con la doctrina del art. 910 la sentencia de 27 de Septiembre de 1895, según la cual, designados en testamento todos ó la mayor parte de los poseedores de ciertos cargos albaceas del testador, mientras subsista la mayoría del albaceazgo, continúa completa la personalidad del mismo, sin que le afecte el cambio de personal en los mencionados cargos; y también la personalidad de su representante, en tanto que los albaceas nuevamente nombrados por defunción de los anteriores no le revoquen los poderes que éstos le confirieron.

Códigos extranjeros.—No extisten concordancias con nuestro artículo 910 en los Códigos de Francia, Bélgica, Italia y Portu-

gal, aunque de otros artículos pueden deducirse varias causas de terminación del albaceazgo.

Los artículos 3749 del Código de Méjico, 1081 del de Veracruz, 3770 del de la Baja California y 3865 del de la República Argentina, señalan en esencia los mismos modos de terminar el cargo, añadiendo algunos la terminación natural del encargo del testador.

El Código de Guatemala, en su art. 914, fija como causas el plazo de un año y la ejecución antes de ese término de la voluntad del causante, y en el 922 la remoción del cargo.

ARTÍCULO 911

En los casos del artículo anterior, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá á los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

Este artículo determina el efecto que produce la extinción del albaceazgo testamentario.

Para que proceda su aplicación es necesario que no exista albacea alguno de los nombrados en su caso por el testador, cualquiera que sea la causa de ello. A falta de albaceas testamentarios, corresponde á los herederos la ejecución de la voluntad del testador: tal es la doctrina del art. 911.

Procede, pues, la aplicación de dicho artículo, ó quedan encargados del albaceazgo los herederos en los casos siguientes:

1.º Cuando el testador no hubiese nombrado albaceas en su testamento.

2.º Cuando el único nombrado, ó todos los designados por el testador, no puedan ó no quieran empezar á ejercer el cargo, por no aceptar, ser incapaces, morir antes que el causante, ó quedar imposibilitados antes de aceptar.

3.º Cuando se extinga por completo el albaceazgo testamentario ya en ejercicio, con arreglo á lo preceptuado en el art. 910. La muerte del albacea único produce ese efecto; mas si hay varios albaceas, han de desaparecer todos, y en su caso, los nombrados con carácter sucesivo por el testador.

Los herederos ejercerán el cargo mancomunadamente, con arreglo á los artículos 895 y 896, por ser este el criterio legal, según el 897. Sus facultades especiales, marcadas en el art. 902, van confundidas con las que en general corresponden á los herederos, y abarcan por completo la representación en todo de la personalidad del testador, y el cumplimiento de cuanto estuviese ordenado en el testamento en general, ó como facultades peculiares y extraordinarias del albacea.

Como dijimos en las ideas generales, los obispos dejaron de considerarse albaceas legítimos mucho antes de la publicación del Código civil, y los tribunalas eclesiásticos dejaron por las leyes recopiladas de tener intervención en estas materias, sin que el decreto-ley sobre unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1868 incluyese entre las atribuciones propias de la Iglesia la de nombrar albaceas dativos. Así lo declara, aplicando el artículo 911, la Resolución de la Dirección general de los Registros de 2 de Enero de 1893.

Por último, habrá casos en los cuales desaparecerá el albaceazgo testamentario y no habrá aún herederos, ó no podrá haberlos, para que se encarguen de cumplir la última voluntad del finado. En tales casos, se impondrá á veces para asuntos que no admitan espera, el nombramiento, á instancia de parte interesada, de un verdadero albacea dativo, desígnese ó no con ese nombre, el cual, en su caso, puede ser el mismo administrador á que se refiere el art. 1020 del Código civil.

Supongamos que el testador dispone que todos sus bienes sean enajenados, invirtiendo su importe en sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, facultando para ello á dos albaceas. Por muerte ó imposibilidad de éstos, como no hay herederos, no puede ser aplicado el art. 911, y habrán de nombrarse otras personas judicialmente para que cumplan la última voluntad del finado, ya sea libre el nombramiento, ya recaiga, por analogía con lo dispuesto en el art. 749, en el párroco, el alcalde y el juez municipal del lugar en que tuvo su domicilio el testador. Estas personas serán en tal caso verdaderos albaceas da-

tivos, como en el del art. 749 deben estimarse albaceas legítimos distintos á los herederos.

Véase la Resolución de la Dirección general de los Registros de 21 de Agosto de 1906.

Códigos extranjeros.—Según los artículos 1903, 1904, 1893 y 1839 del Código de Portugal, conforme en el fondo con el nuestro, á falta de albaceas testamentarios, corresponde la ejecución de la voluntad del testador á los herederos, y si todo el caudal se reparte en legados, á los legatarios. Entre éstos (herederos ó legatarios) corresponde ser albacea al más beneficiado; si fuese igual la participación de todos, al que elijan los demás, y si no hay acuerdo ó se haya interesado en la herencia algún menor, ausente ó incapacitado, al que entre ellos designe la autoridad judicial.

El Código de Méjico (artículos 3676, 3678, 3679 y 3682), contiene preceptos especiales. Habiendo herederos forzosos, el testador ha de nombrar albacea ó alguno de los mismos, salvo para algún objeto especial determinado. No habiendo tales herederos, puede designar albacea con libertad. Si no lo designa, cumplen su voluntad los herederos, nombrando á uno de ellos por mayoría de participación, y si no hay acuerdo, hace el juez la designación.

El Código de Veracruz admite en primer término los albaceas testamentarios; á falta de éstos, como legítimos, los herederos, y en defecto de unos y otros, nombra el juez un administrador.

El de Guatemala (artículos 902 y 904), cuando el testador no designa albaceas, confiere este encargo á los herederos, y cuando los designa, y faltan, admite el nombramiento de albaceas dativos.

Véanse los artículos 1271 del Código de Chile, y 927 del de Uruguay.

No existen concordancias en los de Francia, Bélgica é Italia.

FIN DEL TOMO SEXTO

INDICE DEL TOMO SEXTO

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

(Continuación.)

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas

Páginas.

Páginas.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO VI